



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA E AS CHACINAS DA
FAVELA NOVA BRASÍLIA: UMA CONEXÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E
O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

DEIVISSON PATRIC DE SOUZA FERNANDES

Rio de Janeiro

2019/2

DEIVISSON PATRIC DE SOUZA FERNANDES

**O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA E AS CHACINAS DA
FAVELA NOVA BRASÍLIA: UMA CONEXÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E
O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves**.

Rio de Janeiro

2019/2

CIP - Catalogação na Publicação

d363i de Souza Fernandes, Deivisson Patric
 O incidente de deslocamento de competência e as chacinas da Favela Nova Brasília: uma conexão entre os direitos humanos e o processo penal brasileiro / Deivisson Patric de Souza Fernandes. -- Rio de Janeiro, 2019.
 77 f.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves .
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Naciona de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

1. Direito Processual Penal. 2. Direitos Humanos. 3. Direito Internacional Público . 4. Incidente de Deslocamento de Competência. 5. Chacinas da Favela Nova Brasília. I. Machado Gonçalves , Rodrigo, orient. II. Título.

DEIVISSON PATRIC DE SOUZA FERNANDES

**O INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA E AS CHACINAS DA
FAVELA NOVA BRASÍLIA: UMA CONEXÃO ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E
O PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia elaborada no âmbito da graduação em
Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro
(UFRJ), como pré-requisito para obtenção do grau de
bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob a
orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado
Gonçalves.**

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2019 / 2

À Marinalva Eremita Poubel de Souza de Souza, Mirian Eremita Poubel de Souza e Daphine Fernandes, mulheres que seguem sendo a minha maior referência de educação, luta, orgulho e resistência. Vocês lutaram por mim mesmo quando tudo ao redor parecia dizer que eu iria sucumbir.

AGRADECIMENTOS

A vida acadêmica nos traz muitas oportunidades e, através delas, pessoas que investem seu tempo, sua energia intelectual e criativa para nos ajudar a crescer e progredir de graduandos a profissionais.

Nesse sentido, gostaria de agradecer ao meu orientador pelo acolhimento, a paciência e a competência na orientação do presente trabalho de conclusão de curso. As ciências criminais se ressignificam quando compreendidas como instrumentos de garantia de direitos humanos e da democracia.

Aos amigos(as) queridos(as) que fiz ao longo da graduação, por terem se tornado uma verdadeira família nos momentos de dificuldade financeira e emocional. A minha história na UFRJ é fruto do projeto de democratização do ensino superior que criou as cotas, o Enem e institucionalizou o programa nacional de assistência e permanência estudantil, mas ainda precisamos avançar muito na luta por um futuro mais democrático, plural e inclusivo na universidade pública brasileira. A construção desse sonho apenas começou.

À Daphine, Brendo, Marinalva e Mirian, por ensinarem o verdadeiro sentido de amor em família. Estivemos juntos nos momentos de dificuldade financeira e abandono, mas sempre encontramos um jeito de nos mantermos de pé e cuidarmos um do outro. Lembro o quanto vocês vibraram com o resultado do vestibular e sei que agora, com o diploma em mãos, não será diferente.

À Aine Franco, por eu sempre encontrar amparo nos momentos de dificuldade e pela amizade de anos. Cuidei de você quando foi necessário e você também o fez diversas vezes comigo. Nossa parceria é daquelas que não é encontrada em qualquer amizade.

Ao João Victor, por ser meu amigo, meu companheiro e meu amor.

Por fim, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram com o meu progresso na universidade, crescimento profissional ou pessoal: meus sinceros agradecimentos!

RESUMO

SOUZA FERNANDES, Deivisson Patric de. O incidente de deslocamento de competência e as chacinas da favela Nova Brasília: uma conexão entre os direitos humanos e o processo penal brasileiro. 2019. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2019.

O presente trabalho visa discorrer a respeito do Incidente de Deslocamento de Competência, instituto previsto no §5º do art. 109 da Constituição Federal de 1988, que trata das competências da Justiça Federal Brasileira e seu contexto jurídico de surgimento no bojo da emenda constitucional nº 45/2004 – conhecida como a emenda de reforma do poder judiciário brasileiro. Para além disso, objetiva-se analisar de que forma ele poderia ter sido um instrumento eficaz de chancela de direitos humanos violados pela letalidade policial no caso concreto, reconstruindo-se a narrativa do caso com base na sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Relatório de Mérito expedido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Portanto, será necessário trazer à lume o debate teórico a respeito da federalização dos direitos humanos associado às obrigações contraídas pelo Estado Brasileiro em tratados internacionais que versam sobre a matéria.

Palavras-chave: (1) Direito Processual Penal; (2) Direitos Humanos; (3) Direito Internacional Público; (4) Incidente de Deslocamento de Competência; (5) Chacinas da Favela Nova Brasília - RJ.

ABSTRACT

SOUZA FERNANDES, Deivisson Patric de. The incident of displacement of competence and the slaughter of the Nova Brasília slum: a connection between human rights and the Brazilian criminal process. 2019. 78 f. Monograph (Law Degree) - FEDERAL UNIVERSITY OF RIO DE JANEIRO, Rio de Janeiro, 2019.

This paper aims to discuss about the Competence Displacement Incident, instituted in §5° of art. 109 of the Federal Constitution of 1988, which deals with the competencies of the Brazilian Federal Justice, and its legal context of emergence within the scope of constitutional amendment No. 45/2004 - known as the reform amendment of the Brazilian judiciary. In addition, the objective is to analyze how it could have been an effective instrument to stamp out human rights violated by police lethality in this case, reconstructing the narrative of the case based on the ruling issued by the Inter-American Court of Human Rights and Merit Report issued by the Inter-American Commission on Human Rights. Therefore, it will be necessary to bring to light the theoretical debate about the federalization of human rights associated with the obligations contracted by the Brazilian State in international treaties dealing with the subject.

Keywords: (1) Criminal Law; (2) human rights; (3) public international law; (4) Police Violence; (5) slaughter; (6) Favela Nova Brasília - RJ.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADC/Adecon – Ação Direta de Constitucionalidade
 ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade
 Adin – Ação Direta de Inconstitucionalidade
 ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República
 ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
 CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos
 CF/CR/CRFB – Constituição da República Federativa Brasileira
 CNBB - (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil)
 CNJ - Conselho Nacional de Justiça
 CP – Código Penal
 CPP – Código de Processo Penal
 DF,- Distrito Federal
 Divai - Divisão de Assuntos Internos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro
 EC – Emenda Constitucional
 HC – Habeas Corpus
 IDC – Incidente de Deslocamento de Competência
 IPL/IP – Inquérito Policial
 MC – Medida Cautelar
 MPF - Ministério Público Federal
 MPRJ – Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
 OAB – Ordem dos Advogados do Brasil
 OEA – Organização dos Estados Americanos
 OIT - Organização Internacional do Trabalho
 ONU – Organização das Nações Unidas
 Pcerj – Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro
 PEC – Proposta de Emenda à Constituição
 PGR – Procuradoria-Geral da República/Procurador-Geral da República
 PEN - Partido Ecológico Nacional
 PGR - Procuradoria Geral da República
 PL – Projeto de Lei
 PNDH – Programa Nacional de Direitos Humanos
 PUC/RJ – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro
 RE – Recurso Extraordinário
 RHC – Recurso em Habeas Corpus
 RJ – Rio de Janeiro
 STF – Supremo Tribunal Federal
 STJ – Superior Tribunal de Justiça
 TPI – Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1) DIREITOS HUMANOS.....	16
1.1) A afirmação histórica dos Direitos Humanos.....	16
1.2) O processo de internacionalização dos Direitos Humanos (segunda metade do século XX):	34
1.3) Os tratados internacionais de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico brasileiro.....	39
1.4) As garantias processuais penais CF - 1988 e CIDH.....	41
1.4.1. Devido processo legal	43
1.4.2. Presunção de Inocência.....	44
1.4.3. Ampla defesa e contraditório	48
1.4.4. Juiz natural.....	49
1.4.5. Duplo grau de jurisdição.....	51
1.4.6. Duração razoável do processo.....	52
1.4.7. Motivação das decisões judiciais.....	53
1.4.8. Publicidade.....	54
2) A QUESTÃO DA PROTEÇÃO FEDERAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	55
3) AS CHACINAS DA FAVELA NOVA BRASÍLIA (1994 e 1995)	60
3.1. A federalização do estudo de caso em exame por meio do Incidente de Deslocamento de Competência.....	68
CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	74

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso visa analisar o Incidente de Deslocamento de Competência (IDC), instituto previsto no §5º do art. 109 da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, bem como questionar se ele poderia ter sido ser um instrumento eficaz de tutela de Direitos Humanos no estudo de caso escolhido: duas incursões policiais ocorridas em 1994 e 1995, respectivamente, que ficariam mais tarde conhecidas por “Chacinas da Favela Nova Brasília” por terem ensejado a condenação do Estado Brasileiro perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Trata-se o IDC de um remédio constitucional, entendido no sentido amplo do termo, positivado no texto da Carta Magna Brasileira com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, notadamente conhecida pela “Emenda de Reforma do Poder Judiciário Brasileiro”. Dispõe o §5º do art. 109 da CRFB/88 que o IDC poderá ser suscitado pela Procuradoria Geral da República (PGR), órgão de cúpula do Ministério Público Federal (MPF), junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) nos crimes em que for verificada a “grave violação de Direitos Humanos”¹.

Mais uma vez, como não deveria deixar de ser quando o assunto é a temática dos Direitos Humanos, o constituinte se vale de um conceito jurídico indeterminado quando consagra a cláusula “grave violação de Direitos Humanos”, a qual evidentemente terá seus contornos teóricos definidos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e pelas teses jurídicas da PGR.

Assim, o presente instituto jurídico, num primeiro momento, surge da necessidade de se alargar o escopo de tutela dos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro e de uma maior preocupação do Brasil em instrumentalizar, sobretudo após a internalização do Pacto de São José da Costa Rica, através do Decreto nº 678/1992², a agenda internacional de tutela dos Direitos Humanos.

¹ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Capítulo II, Seção IV – Dos Tribunais Regionais Federais e dos Juízes Federais, art. 109, §5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

² BRASIL. Decreto 678/1992 (1992). **Ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>.

Como o próprio *nomen iuris* alude, o instituto possibilita o deslocamento de inquéritos ou ações penais em trâmite na Justiça Estadual para Justiça Federal, tendo como objetivo fundamental o afastamento dos fatores locais de poder e, com isso formas de imprimir imparcialidade às investigações e ações penais que têm por objeto crimes marcados pela grave violação de Direitos Humanos³. Isso se mostra de suma importância no momento em que crimes decorrentes da violência policial não são investigados com a devida independência pelas corregedorias de polícia⁴ e pelas instituições de persecução penal no geral - órgãos, muitas vezes, suscetíveis a omissões, atrasos, negligências e obstruções na justiça provocadas pelos agentes do Estado investigados⁵.

Para que haja o deslocamento da competência, portanto, exige-se que as autoridades locais se mostrem inidôneas a promover a condução das investigações céleres e eficazes em relação à responsabilização penal dos agentes públicos, existindo ainda o efetivo risco do Estado Brasileiro ser responsabilizado pelos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos diante de sua inércia.

Poucas vezes suscitado pela Procuradoria Geral da República, tendo como casos mais notáveis o homicídio da missionária Dorothy Stang (líder religiosa que lutava pela causa dos seringueiros e pequenos extrativistas na Região Norte), e a Chacina do Cabula, (evento marcado por uma série de execuções sumárias perpetradas por policiais civis do Estado da Bahia), o Incidente de Deslocamento de Competência ainda é objeto de poucos precedentes no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e carece de regulamentação infraconstitucional.

Assim sendo, a presente monografia tem por escopo analisar algumas das principais terminologias sobre o tema e delimitar a matriz teórica escolhida dentro do estudo de caso escolhido. Mas, para além disso, deseja-se questionar se o IDC, caso fosse suscitado na análise dos casos das mencionadas Chacinas da Favela Nova Brasília, teria sido um instrumento eficaz

³ BONSAGLIA, Mario Luiz. A Questão da Proteção Federal dos Direitos Humanos. **REVISTA ANPR ONLINE**. Nº 1, março/junho 2006. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/index.php?a=revista_online/revista01.php&ID_MATERIA=78&ID_TEMPLATE=11>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

⁴ MARQUES, Archimedes. **Por Uma Inabalável Corregedoria de Polícia**. Disponível em: <<https://meuartigo.brasilecola.uol.com.br/atualidades/por-uma-inabalavel-corregedoria-policia.htm>>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

⁵ (conforme lembra o item a, das recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Brasil, no dia 19 de janeiro de 2012, após a publicação do Relatório de Mérito nº 141/2011)

de tutela dos Direitos Humanos violados, evitando a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Ocorridas nos dias 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995, o termo chacina, na verdade, refere-se a duas incursões policiais cuja ação teria redundado no fato de 26 moradores da Favela Nova Brasília, localizada no bairro de Bonsucesso, dentro do Complexo de Favelas do Alemão, cidade do Rio de Janeiro, terem sido assassinados por policiais Civis do Estado do Rio de Janeiro. A sentença da Corte da OEA também descreve mulheres que foram submetidas a atos de violência sexual e tortura⁶.

O caso retornou ao debate público após quase 25 anos, quando chegou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Após o descumprimento pelo Estado Brasileiro quanto às recomendações feitas pelo órgão, foi remetido em maio de 2015 à Corte da OEA para julgamento. A Comissão recomendou ao Brasil a retomada de uma investigação profunda sobre o caso, a ser conduzida por autoridades imparciais, a fim de que fosse possível a responsabilização penal, dentro das regras inerentes ao devido processo legal, dos policiais civis responsáveis pelas 26 execuções sumárias perpetradas nas duas incursões. Para além disso, recomendou a extinção imediata da figura jurídica conhecida por “auto de resistência”, comumente invocada para legitimar as mortes decorrentes da letalidade policial em operações realizadas nos territórios ocupados pelos setores sociais mais vulneráveis e desprovido de direitos.

Através da sentença proferida no dia 16 de fevereiro de 2017, o Brasil foi condenado pela omissão e a parcialidade quanto à condução das investigações e obrigado a promover a reparação civil de 80 pessoas que tiveram suas vidas marcadas pela violência policial.

Uma análise detida do caso, levando-se em consideração o teor da sentença prolatada pela Corte Interamericana, demonstra que as investigações e, por conseguinte, a própria instrução criminal, não observaram as normas processuais fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988 e nas demais disposições previstas no Pacto de São José da Costa Rica (internalizado à ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto n. 678/1992).

⁶ CAPELLARI, Mariana Py Muniz. A Chacina na Favela Nova Brasília e a Condenação do Brasil em Corte da OEA. **Canal Ciências Criminais.** Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/462189374/a-chacina-na-favela-nova-brasilia-e-a-condenacao-do-brasil-em-corte-da-oea>>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

A sentença da Corte, que delimitou a condenação por fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, data de reconhecimento pelo Estado Brasileiro da competência contenciosa da Corte, nos termos 62.3 da Convenção Interamericana, declarou por unanimidade que o Brasil deverá conduzir de modo eficaz a investigação em curso sobre os fatos relacionados às mortes ocorridas na incursão de 1994 e, a respeito das execuções extrajudiciais perpetradas na incursão de 1995, a reabertura ou a instauração de uma nova investigação eficaz. Para tanto, deverá, por intermédio do Procurador-Geral da República, avaliar se os fatos referentes às incursões de 1994 e 1995 devem ser objeto de pedido de Incidente de Deslocamento de Competência.

Assim, o caso convida à reflexão a respeito de temas ainda muito caros no contexto da justiça criminal brasileira, tais como a violência policial (hoje entendida como um problema de direitos humanos em nosso país), a criminalização da pobreza, a seletividade penal e a violação sistemática de direitos e garantias fundamentais de parcelas da população mais vulneradas pela violência do Estado. Mais que isso, reforça, pelo menos num primeiro momento, a importância que institutos como o Incidente de Deslocamento de Competência podem assumir na proteção dos Direitos Humanos.

Contudo, não obstante as reflexões mais amplas que se possam fazer a respeito do objeto de estudo do presente trabalho, (reflexões essas que poderão ser extraídas do próprio estudo mais aprofundado deste caso, da sentença prolatada pela Corte Interamericana e dos escritos discriminados na referência bibliográfica apresentada), a presente monografia terá o intento de analisar objetivamente o Incidente de Deslocamento de Competência e buscar indagar o seguinte: **o IDC, caso fosse suscitado pela PGR no caso das Chacinas da Favela Nova Brasília, federalizando a investigações em curso, teria sido um instrumento eficaz de garantia dos Direitos Humanos violados pelas execuções extrajudiciais e evitado a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos?**

Quanto a tal questionamento, parte-se da premissa que, ao ser deslocado ao âmbito de competência da Justiça Federal, conforme dispõe o art. 109, §5º, da CRFB/88, em razão do fenômeno que a doutrina consagra de federalização da matéria relativa a direitos humanos⁷, o feito teria sido processado e, ao final julgado, por uma justiça especializada em matéria de

⁷ BONSAGLIA, Mario Luiz. A Questão da Proteção Federal dos Direitos Humanos. **REVISTA ANPR ONLINE**. Nº 1. março/junho 2006, p. 1. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/index.php?a=revista_online/revista01.php&ID_MATERIA=78&ID_TEMPLATE=11>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

Direitos Humanos. E não somente por isso: o próprio afastamento da persecução penal dos fatores locais de poder, em que agentes de Estado, em tese, seriam autores de crimes marcados pela violação grave de direitos humanos, teria propiciado uma investigação minimamente independente, afastada de condutas tendentes à obstrução de justiça e, ao final, conduzido a uma condenação imparcial.

Para sustentar a problematização do referido objeto, o presente trabalho contou com pesquisa exploratória a partir de uma metodologia qualitativa e com a técnica de análise documental de pactos, leis, decretos e outros documentos oficiais nacionais e internacionais tocantes ao referido assunto, além do procedimento analítico de exaustiva revisão bibliográfica pertinente ao assunto.

Diante do exposto, a organização capitular do manuscrito segue dividida em três capítulos, sendo dois de análise documental e problematização teórica e um em que é feito um estudo de caso, mobilizando todo o arcabouço de reflexões já construído.

No capítulo 1, procede-se à reconstrução da temática dos Direitos Humanos, passando pela sua afirmação histórica, pelo seu processo de internacionalização (sobretudo a partir da segunda metade do século XX), adentrando nos tratados internacionais de Direitos Humanos internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro e as garantias processuais penais previstas na Constituição da República Federativa Brasileira de 1988. Neste último aspecto, desdobram-se várias nuances, como a abordagem quanto ao devido processo legal; a presunção de Inocência; a ampla defesa e o contraditório; o Juiz natural; o duplo grau de jurisdição; a duração razoável do processo; a motivação das decisões judiciais; e a publicidade. O capítulo é finalizado com uma abordagem sobre os tratados internacionais de Direitos Humanos. **No capítulo 2**, aprofunda-se na questão da proteção federal dos direitos humanos, seus limites, possibilidades, avanços e retrocessos.

No capítulo 3, procede-se no estudo de caso das chacinas da Favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro, nos anos de 1994 e 1995 do ponto de vista do Incidente de Deslocamento de Competência previsto como dispositivo de federalização do caso diante da CIDH.

CAPÍTULO 1.

DIREITOS HUMANOS

1.1. A afirmação histórica dos Direitos Humanos

Fábio Konder Comparato⁸, no esforço de buscar os pressupostos teóricos dos direitos humanos dentro de uma perspectiva histórica, consagra a luta pela afirmação dessa gama de direitos no tempo como a parte mais *“bela e importante de toda a História”*, pois se trata da *“revelação de que todos os seres humanos, apesar das inúmeras diferenças biológicas e culturais que os distinguem entre si, merecem igual respeito, como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”*.

Os Direitos Humanos surgem da necessidade de afirmar como iguais todos os indivíduos, ainda que num primeiro momento tal construção de igualdade tenha sido feita tão somente sob o aspecto formal-legalista das grandes revoluções liberais do século XVIII e não substancialmente, como se veria mais tarde, no início do século XX, através dos direitos sociais.

Tal gama de direitos objetiva afirmar que a dignidade humana é o atributo em comum entre todos os indivíduos e, portanto, não obstante as diferenças atinentes à raça, à classe social, às convicções políticas, às crenças religiosas ou à nacionalidade, ninguém poderá se afirmar superior aos demais se valendo de qualquer um desses atributos.

Se faz mister destacar que, ainda hoje, dentro do debate contemporâneo, não é pacífico o entendimento doutrinário sobre a essência e a fundamentação dos direitos humanos. Alguns defendem que seriam direitos naturais e inatos, inerentes à própria existência humana; outros, sustentam que seriam direitos que emanam de um sistema moral.

A concepção adotada por Piovesan (2008)⁹ é a de que são direitos históricos, tendo em vista que se expressam como um “construído” e uma “invenção da humanidade” em processo constante de reformulação e criação jurídica.

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. IV Edição, Ed. Saraiva, 2006, p. 1.

⁹ PIOVENSAN, Flávia. Human Rights in the World Community: Issues and Action. In: **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. Saraiva, 9ª edição, 2008.

Defende este estudo a historicidade dos direitos humanos, na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção, em constante processo de construção e reconstrução. Enquanto reivindicações morais, os direitos humanos são fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana, o que compõe um construído axiológico emancipatório. Como leciona Norberto Bobbio, os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais.” (PIOVESAN, 2008).

A história da humanidade lembra, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial¹⁰, as consequências trágicas que o discurso eugênico e supremacista deixou como legado. Também lembra a necessidade de terem sido criados, já na segunda metade do século XX, postulados filosóficos, éticos e jurídicos que viessem a conferir uma maior proteção à pessoa humana frente aos arbítrios do Estado verificados até então. Como muito bem explica Louis Henkin (*apud* PIOVESAN, 2008) ¹¹, “*após a Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados, com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição, e um direito costumeiro internacional tem-se desenvolvido*”. Nesse sentido, não se pode negar que os direitos humanos podem ser considerados uma conquista dentro da História, razão pela qual o estudo de seus precedentes se faz mais que necessário no âmbito da doutrina jurídica.

A internacionalização desses direitos, fenômeno recente na História, que teve como marco o direito humanitário nos meados do século XX, que redefiniu a forma como a soberania dos Estados é compreendida¹², e teve seu início com a criação das primeiras organizações internacionais, notadamente a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Liga das Nações¹³. O referido fenômeno surge no pós-guerra, a partir da necessidade de se construir uma resposta da comunidade internacional às violações aos Direitos Humanos que foram observadas

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. Saraiva, 9ª edição, 2008, p. 4.

¹¹ HENKIN, Louis *apud* PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. Saraiva, 9ª edição, 2008, p. 4.

¹² PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. Saraiva, 9ª edição, 2008, p. 9.

¹³ *Idem*, p. 4-5.

durante o regime nazista e “*reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger*”¹⁴.

Contudo, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial. [...] **A internacionalização dos Direitos Humanos constitui, assim, um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo**¹⁵. [...] No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis [como se observou no nazismo], no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável¹⁶

No entanto, para se prosseguir no presente trabalho, será fundamental a busca de um conceito que expresse a matriz teórico-referencial que, a nosso ver, dispensa um maior escopo de proteção à dignidade da pessoa humana.

Para Dalmo Abreu Dallari¹⁷, todos devem ter condições mínimas, desde o nascimento, de ser tornarem úteis à vida em sociedade e de desfrutarem dos benefícios que essa vida em sociedade pode proporcionar. A esse conjunto de condições e benefícios extraídos da sociedade se dá o nome de direitos humanos. Assim sendo, o referido professor nos apresenta o seguinte conceito:

Todos os seres humanos devem ter asseguradas, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar. Esse conjunto de condições e de possibilidades associa as características naturais dos seres humanos, a capacidade natural de cada pessoa e os meios de que a pessoa pode valer-se como resultado da organização social. É a esse conjunto que se dá o nome de direitos humanos.

O referido autor, quando consagra os direitos humanos como um conjunto de possibilidades e condições que devem ser dispensados à pessoa humana para a sua vida em sociedade e para sua contribuição com a comunidade internacional, em muito se aproxima da

¹⁴ *Idem*, p. 5.

¹⁵ Grifos nossos

¹⁶ *Idem*, p. 117-118.

¹⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e Cidadania**. Ed. Moderna, 2ª Edição, 2004.

perspectiva doutrinária atribuída aos Direitos Sociais, notadamente tidos como direitos de cunho social e econômico.

Em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou dois pactos internacionais de direitos humanos que conferiram maior institucionalização aos direitos que já tinham sido consagrados na conhecida Declaração Universal de 1948. O primeiro deles, que teve em anexo um protocolo facultativo, chamou-se **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**; o segundo, claramente marcado por um intento da comunidade internacional de intervir no domínio econômico a fim de assegurar direitos de caráter econômico e social, chamou-se **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Ambos foram ratificados pelo Brasil através do Decreto Legislativo n. 226/1991 e promulgados posteriormente por meio do Decreto n. 592/1992¹⁸.

Nesse período, como dito anteriormente, inicia-se a segunda etapa do processo de institucionalização dos direitos humanos no âmbito internacional, mas também são criados diversos mecanismos de sanção às violações desses direitos (COMPARATO, 2006). No preâmbulo do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos fica claro que, em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o objetivo da comunidade internacional é criar as condições mínimas para assegurar o ideal de liberdade e emancipação da pessoa humana, não somente através dos direitos civis e políticos, mas também através dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Internamente, os Estados, por conta do princípio da autodeterminação dos povos, previsto no artigo 1º do mencionado diploma internacional, terão direito a determinar livremente o seu estatuto político e devem assegurar, de forma igualmente livre, o seu desenvolvimento econômico, social e cultural. Em nosso ordenamento jurídico, essa agenda de compromisso interno pela promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais – verdadeiras cláusulas de promoção da dignidade da pessoa humana – tem lastro constitucional não somente nos arts. 6º e 7º, mas também no título VII da CRFB/88, que trata da ordem econômica e financeira.

Os Estados-Partes do Presente Pacto,

¹⁸ BRASIL. DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em 19 nov. 2019.

Considerando que, em conformidade com os princípios proclamados na carta das Nações Unidas, o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

Reconhecendo que esses direitos decorrem da dignidade inerente à pessoa humana,

Reconhecendo que, em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o ideal do ser humano livre, no gozo das liberdades civis e políticas e liberto do temor e da miséria, não pode ser realizado a menos que se criem condições que permitam a cada um gozar de seus direitos civis e políticos, assim como de seus direitos econômicos, sociais e culturais,

Considerando que a Carta das Nações Unidas impõe aos Estados a obrigação de promover o respeito universal e efetivo dos direitos e das liberdades do homem,

Compreendendo que o indivíduo, por ter deveres para com seus semelhantes e para com a coletividade que pertence, tem a obrigação de lutar pela promoção e observância dos direitos reconhecidos no presente pacto,

Acordam o seguinte: (BRASIL, 1992).

E ainda: Art. 170. A ordem econômica, fundada na **valorização do trabalho humano** e na livre iniciativa, tem por fim **assegurar a todos existência digna**, conforme os ditames da **justiça social**, observados os seguintes princípios:

[...]

VII - redução das desigualdades regionais e sociais (BRASIL, 1988).

Todavia, o intento de se apresentar os Pactos Internacionais analisados é com o fato de demonstrar que, na comunidade internacional, direitos econômicos e sociais ganham o *status* de direitos humanos e isso tem uma razão histórica de ser.

Tais direitos nascem de uma agenda diplomática que tem como propósito dispensar um maior escopo de proteção à dignidade humana contra a miséria, o aviltamento e a exclusão social verificada no bojo do modo de produção e reprodução capitalista, efetivando-se através de prestações positivas de direitos pelo Estado, expressas através de políticas públicas, que exigem do mesmo uma intervenção direta no domínio econômico. Essa compreensão em muito se coaduna ao conceito proposto pelo professor Dalmo Abreu Dallari e, certamente, confere à pessoa humana um maior escopo de proteção e dignidade dentro da concorrência e do individualismo pelo acesso a, ao menos, parte das mercadorias produzidas e dos benefícios que o sistema capitalista produz.

Conforme Comparato (2006)¹⁹,

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.**, IV Edição, Ed. Saraiva, 2006, p. 15.

[...] A elaboração de dois tratados e não de um só [Pactos Internacionais de Direitos Humanos], compreendendo o conjunto dos direitos humanos segundo o modelo da declaração universal de 1948, **foi resultado de um compromisso diplomático**. As potências ocidentais insistiam no reconhecimento, tão só, das liberdades individuais clássicas, protetoras da pessoa humana contra os abusos e interferência dos órgãos estatais na vida privada. **Já os países do bloco comunista e os jovens países africanos preferiam por em destaque os direitos sociais e econômicos, que têm por objeto políticas públicas de apoio aos grupos ou classes desfavorecidas, deixando de sombra as liberdades individuais.**

Já no início do século XX, entendia-se que, no bojo das relações assimétricas de poder observadas no sistema capitalista, a igualdade meramente formal, eminentemente legalista, já não assegurava o escopo existencial mínimo para a promoção da dignidade humana frente à concorrência, à miséria vivenciada nos meios urbanos, à excessiva jornada de trabalho, ao arrocho salarial e ao início da mercantilização das relações sociais e políticas. Isso porque, na estrutura da sociedade de classes capitalista, poder político e poder econômico estão intrinsecamente ligados, sendo certo que cada indivíduo detém uma parcela do poder político diretamente proporcional ao seu poder econômico.

Assim, a igualdade, sob a sua ótica substancial, exigiu do Estado, diferentemente do que se observou no liberalismo clássico: a intervenção no domínio econômico e social através de prestações positivas (*facere*), bem como a reformulação de suas instituições jurídicas para alargar a agenda de compromisso em prol da dignidade humana. Tais prestações, num primeiro momento, expressaram-se eminentemente através dos direitos trabalhistas e, mais tarde, por meio dos direitos relativos à previdência, à saúde, à educação, à moradia e à assistência social.

A atual Constituição Federal Brasileira, promulgada em 05 de outubro de 1988, não à toa classificada como compromissória pela doutrina jurídica pátria²⁰, à medida que se propõe a coadunar os pressupostos da teoria liberal clássica aos ditames de justiça social, em seu artigo 6º, consagra como direitos fundamentais a saúde, a educação, o transporte, a moradia, o trabalho, a previdência, a proteção à maternidade e à infância, a segurança, a alimentação e a assistência aos desamparados.

Em nosso ordenamento, tais direitos, por serem tidos como fundamentais, são considerados normas de aplicabilidade imediata nos termos do §2º do art. 5º da CR. No artigo

²⁰ SARLET, Ingo Wolfrang *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Saraiva, 4ª edição, 2015, p. 243.

6º, vemos que: “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Nas lições do professor Fábio Konder, tem-se que os direitos humanos passam por uma via de reconhecimento radical da igualdade entre os indivíduos e essa via de reconhecimento, por sua vez, busca seu fundamento na dignidade humana. (COMPARATO, 2006):

É o reconhecimento universal de que, em razão dessa radical igualdade, ninguém – nenhum indivíduo, gênero, etnia, classe social, grupo religioso ou nação – pode afirmar-se superior aos demais. [...] Ao emergir da 2ª Guerra mundial, após três lustros de massacres e atrocidades de toda sorte, iniciados com o totalitarismo estatal dos anos 30, a humanidade compreendeu, mais do que em qualquer outra época da História, o valor supremo da Dignidade Humana.

Com efeito, ao longo da História, os direitos humanos, sobretudo após o seu processo de internacionalização, observado logo após a Segunda Guerra Mundial, foram alargando progressivamente as suas figuras jurídicas de proteção a diversos povos da Terra a fim de afirmar que, em toda nação civilizada e democraticamente construída, a dignidade humana deverá ser invocada contra toda forma de violência, exclusão, miséria e omissão perpetradas pelo Estado, suas instituições ou seus agentes. O fundamento maior dessa espécie de direitos é, portanto, a dignidade da pessoa humana – não sendo admissíveis quaisquer construções teóricas no sentido de consagrar essa gama de Direitos como um atributo também inerente ao Estado.

A existência do Estado, em sua dimensão democrática, justifica-se tão somente para assegurar, através das regras constitucionais e do seu regime principiológico, que os direitos humanos sejam respeitados por seus agentes, pelas instituições pertencentes aos seus poderes, pelas organizações por ele comandadas, pela sociedade e também pelos indivíduos em sua esfera privada. Uma vez positivados no regime constitucional do Estado pela autoridade política, tais direitos ganham *status* de fundamentais (COMPARATO, 2006).

Sendo assim, como foi mencionado, a proteção da dignidade humana, sem prejuízo daquelas situações em que o Estado deverá se abster de seu dirigismo junto à esfera da vida privada, também exigirá do Estado prestações positivas, mediante políticas públicas que efetivem os direitos sociais fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 marca a transição de um período de autoritarismo e suspensão em direitos fundamentais para um modelo de Estado Democrático, consagrando em seu inciso III, art. 1º, a dignidade da pessoa humana como fundamento maior dessa nova configuração estatal e, em seu art. 4º, uma série de princípios que regem suas relações internacionais. O texto constitucional brasileiro é farto igualmente em garantias fundamentais e direitos individuais, com uma grande preocupação em limitar os arbítrios e excessos estatais anteriormente observados.

Como bem observa Flávia Piovesan, a nova configuração democrática de Estado recente, é de se dizer, traz repercussão não somente para a esfera política, mas também para a consolidação legislativa dos direitos e garantias fundamentais. O processo de redemocratização também representou uma forma de abertura à participação popular, onde a positivação de grande parte dos direitos fundamentais e garantias individuais se deveram ao protagonismo que movimentos sociais e entidades da sociedade civil tiveram nesse período²¹, atribuindo à nossa carta constitucional a acertada alcunha de “Constituição Cidadã”.

A positivação dos direitos e garantias fundamentais no texto da Constituição Federal marca, ainda, uma mudança na forma pela qual o Estado Brasileiro passa a reconhecer as obrigações internacionais oriundas de tratados sobre a matéria de direitos humanos:

A carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa de garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da população brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham um relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil. [...] A consolidação das liberdades fundamentais e das instituições democráticas no País, por sua vez, muda substancialmente a política brasileira de Direitos Humanos, possibilitando um progresso significativo no reconhecimento de obrigações internacionais nesse âmbito.

Dessa forma, percebe-se que o constituinte de 1988 teve a preocupação não somente de constitucionalizar a gama de direitos humanos já observada na esfera internacional, consagrando-os ao *status* de direitos fundamentais e reconhecendo-os expressamente como o principal escopo político de um Estado Democrático, mas também criou uma série de

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. Saraiva, 9ª edição, págs. 21-24.

mecanismos de proteção constitucional a tais direitos como uma forma de atribuir aos mesmos eficácia e normatividade (seja através das garantias observadas no processo penal, como se verá mais à frente neste trabalho, ou através de direitos que visem tornar plena a dignidade humana na vida em sociedade).

Traçadas as linhas gerais sobre o estudo dos Direitos Humanos, resta indagar: de que maneira se deu a construção desses direitos no curso da História da Humanidade?

De acordo com o professor Fábio Konder, a resposta a esse questionamento foi dada, ao longo do tempo, nos mais diversos campos de atuação e protagonismo do homem (COMPARATO, 2006). Por ser um conceito extremamente amplo, a dignidade humana, em sua afirmação jurídica e doutrinária, possui forte conotação histórica. Com efeito, a perspectiva evolucionista da história do pensamento jurídico nos permite afirmar que o reconhecimento da dignidade humana como valor supremo de um Estado Democrático, bem como a consolidação de uma ordem internacional de proteção da mesma, conferem ao Direito atual uma posição de prestígio frente a um passado de violações.

Na esfera cristã, com a fé monoteísta, os primeiros contornos da dignidade humana encontraram amparo na afirmação do homem como centro da natureza e feito à imagem do divino; esse ser supremo, dentro do mito da criação, concedeu ao homem aptidão e protagonismo para a compreensão dos fenômenos naturais, o domínio sobre alguns deles, o controle sobre os animais e as plantas.

Os gregos, por sua vez, na transição dos mitos da criação pautados na fé cristã para a racionalidade humana, consagram uma nova posição para o homem no mundo por meio de seus filósofos e poetas. O simples questionamento travado a respeito do indivíduo nessa nova fase já faz dele um ser especial e objeto de reflexão para filosofia grega (COMPARATO, 2006: 12).

Contudo, é no período da História que ficou conhecido por axial, compreendido entre os séculos XVIII e II a.C., que as reflexões sobre a pessoa humana e seus direitos começaram a ser travadas em diferentes momentos e a se revestirem de um caráter epistemológico maior. Karl Jaspers (Jaspers, 1983)²², consagra esse período como uma espécie de coluna vertebral de

²² JASPERS, Karl. **A situação espiritual de nosso tempo**. Lisboa: Moraes Editores, 1968.

toda a História da Humanidade, à medida que são feitas as primeiras reflexões filosóficas e racionais sobre a pessoa humana, a sociedade, os modelos de governo e as instituições sociais.

Como bem lembra Fábio Konder (COMPARATO, 2006), o século VIII a.C. é bastante simbólico não só por causa de Homero, mas porque, com a tradição monoteísta, surgem também os principais postulados que até hoje regem o núcleo existencial da pessoa humana.

A filosofia, dentro do período axial, nasce na Ásia e na Grécia durante o século V, sobretudo por força da influência de Péricles. É nesse período, portanto, que se observa a mencionada transição dos postulados básicos da pessoa humana pautados na fé cristã e na cultura monoteísta para o racionalismo grego. O homem passa a questionar nesse período a sua existência e o seu papel no mundo através da seu próprio conhecimento, reflexões, percepções, quantificações, codificações, instituições e estatutos.

Com o surgimento da democracia e da tragédia grega, o poder político passa a ser exercido por homens livres e de forma direta na *polis*. Assim sendo, *“a supressão de todo poder político superior ao do próprio povo coincidiu, historicamente, com o questionamento dos mitos religiosos tradicionais”* (COMPARATO, 2006: 14). Nesse sentido, chega-se à conclusão que não há nenhuma justificativa para a construção de instituições sociais e políticas que estejam acima da acepção de povo na democracia grega, o que, por si só, permite ao homem justificar o seu lugar no mundo através das suas próprias ações, tendo em vista que ele passa a ser o principal objeto da análise e da reflexão.

Mais tarde, é necessário adiantar, no século XX d.C., mais precisamente em 1950, com a Convenção Europeia de Direitos Humanos, celebrada em Roma, a concepção de homem transmuta-se e tem-se a demarcação de uma esfera de compreensão e tutela que passa a considerar a pessoa humana como a titular de direitos inerentes à sua própria existência, direitos esses que não necessariamente precisam ser reconhecidos pelos Estados para vincularem as relações sociais, políticas, econômicas e institucionais na esfera internacional.

.Nesse sentido, a afirmação Histórica dos Direitos Humanos está umbilicalmente ligada à necessidade contenção do poder político. Isso se deu de forma gradativa no tempo, a partir do reconhecimento de que a existência do Estado se justifica tão somente para estar a serviço e a benefício dos governados.

É na democracia ateniense do século VI a.C. que o homem começa a obter o seu protagonismo na vida pública através da democracia direta e, mais tarde, em Roma, com a consolidação da República. É em Atenas, e também por meio da experiência pluralista observada nas principais Cidades-Estado da Grécia Antiga que surgem as primeiras instituições jurídicas, sob o império da lei, de limitação do poder político.

Essa experiência notável de limitação institucional do poder de governo foi retomada no século VI a.C., **com a criação das primeiras instituições democráticas** de Atenas, e prosseguiu no século seguinte, com a fundação da República Romana. [...] **Daí o respeito quase que religioso que os gregos em geral, e não apenas os atenienses, votavam às suas leis.** (COMPARATO, 2006: 15) (grifamos).

Contudo, em Roma, diferentemente do que se observou em Atenas e nas demais Cidades-Estado gregas, a limitação do poder político se deu não pela soberania popular, mas por um complexo sistema de controle-recíproco que se verificou entre as instituições político-administrativas que constituíam o Estado. Mais tarde, com Montesquieu, o mencionado sistema de *check and balances* iria inspirar a redação Livro XI, capítulo VI de sua principal obra.

A partir do século IV a.C., tem-se o início do declínio dos principais impérios construídos até então, a começar por Alexandre Magno e, depois, com Augusto e aqueles que o sucederam. A Idade Média, como costuma descrever boa parte dos registros historiográficos, tem seu marco temporal em 453 a.C., com a destruição do Império Romano do Ocidente. Tem-se na nova civilização a cristalização residual dos valores clássicos, dos costumes germânicos e das instituições cristãs.

Convencionou-se, dentro dos registros historiográficos referentes à Idade Média, a dividi-la em dois grandes períodos que hoje são conhecidos como Baixa Idade Média e Alta Idade Média. Konder nos lembra que essa divisão costuma buscar seu fundamento na transição observada entre os séculos XI e XII. É justamente nesse período, tendo como principal documento jurídico a conhecida Magna Carta de 1215, que surgem os primeiros mecanismos de limitação do poder político do Estado que darão lastro à teoria geral dos direitos humanos que viria a ser construída séculos mais tarde.

Os historiadores costumam dividi-la [Idade Média] em dois períodos, cuja linha de separação se situa na passagem do século XI ao século XII. **Nessa época, volta a tomar corpo a ideia de limitação do poder dos governantes, pressuposto do reconhecimento, a ser feito séculos depois, da existência de direitos comuns a todos os indivíduos, qualquer que fosse o estamento social** – clero, nobreza e povo – no qual eles se encontrassem.” (COMPARATO, 2006: 17) (grifamos).

Na Alta Idade Média, costuma-se atribuir ao modelo de sociedade estamental a principal razão do declínio econômico porque não havia uma unidade política centrada na figura do Estado. Os principais exemplos desse declínio teriam sido as guerras feudais, a peste negra e a fome que assolou boa parte dos países europeus. Todavia, a partir do século XI, movimentos de resistência à configuração de sociedade estamental, principal razão da fragmentação política na Europa observada até então, começam a surgir. Carolíngio e o Papa dão início a uma disputa pela hegemonia em todo o território europeu e os Reis (*primer inter pares*), até então tidos como nobres com maiores privilégios, começam também a reivindicar para si mesmos maiores parcelas do poder político.

É justamente nesse contexto de disputa pela centralização política em todo o território europeu, marcado pelo abuso de poder dos governantes, que surgem os primeiros documentos jurídicos de limitação do poder político e de garantia de direitos individuais, a saber: Declaração das Cortes de Leão (1188) e a Magna Carta (1215). Assim, tem-se que “*no embrião dos Direitos Humanos, portanto, despontou, antes de tudo, o valor da liberdade*” (COMPARATO, 2006: 25), ainda que as referidas liberdades tenham se dirigido num primeiro momento majoritariamente ao Clero e à Nobreza.

Nesse contexto, pouquíssimas prerrogativas jurídicas foram conferidas ao Terceiro-Estado, base da pirâmide estamental na Idade Média. A bem da verdade, é preciso destacar que o Terceiro-Estado só começa a ganhar força política na transição da Idade Média para a Idade Moderna, com a ascensão das primeiras cidades comerciais e a abertura das vias marítimas.

Atribui-se aos burgos (aqueles que estavam fora da sociedade estamental), pois, o início de uma configuração social e política que, mais tarde, seria a sociedade de classes capitalista. É nessa experiência do “estar de fora” de um sistema rígido e tradicionalista, de acumular as próprias riquezas e emancipação, que se observa os primeiros contornos de uma liberdade que, mais tarde, no seio das Revoluções Liberais, seria consolidada como um dos mais importantes direitos humanos de primeira dimensão.

Segundo Lemos (2016: 06),

... os direitos fundamentais de primeira dimensão vieram precipuamente como propósito de assegurar aos indivíduos garantias oponíveis contra o Estado, mais especialmente com uma lógica de funcionamento de ordem negativa, porque concebida justamente para frear os campos de interferência governamental dentro de um quadro de luta contra a opressão e uso abusivo do poder estatal.

Nas lições da doutrina:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o próprio indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. [...] Prossegue o renomado constitucionalista, direcionado seu olhar agora para o atual momento constitucional: “os direitos da primeira geração – direitos civis e políticos – já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que o não reconheça em toda a extensão. (BONAVIDES, 2007, p. 562 - 3).

Fora da jurisdição dos grandes castelos medievais, os primeiros burgueses concentraram grandes riquezas. Nesse momento, dá-se o início de uma nova configuração de sociedade em que a desigualdade passaria a ser, também, decorrente das grandes diferenças econômicas observadas entre burgueses e aqueles que permaneciam na miséria.

Os burgos tornaram-se, desde logo, o território da liberdade pessoal, e isto não apenas para a classe dos mercadores, doravante conhecidos como burgueses. Os servos da gleba, que logravam residir mais de ano e um dia num burgo novo, desvinculavam-se de pleno direito das peias feudais: era uma espécie de usucapião da liberdade, calcado no regime possessório dos bens imateriais. O provérbio alemão diz tudo: o ar da cidade liberta (*die Stadtluft macht frei*).” (COMPARATO, 2006)

Entre os séculos XI e XIII, a Europa tem na sua base econômica uma grande reviravolta marcada pela generalização da aplicação da técnica e pelos grandes inventos nas mais diversas áreas da sociedade. Tecnologias que modificaram a forma de fazer a agricultura e a pecuária, o advento das grandes navegações por meio das caravelas (já no final da Idade Média) e, no plano comercial, a criação de importantes figuras jurídicas sem as quais o Capitalismo Mercantil, então incipiente, não teria prosperado, tais como a letra de câmbio e o contrato de seguro marítimo.

Já na Idade Moderna, como se verá mais adiante, tem-se a criação dos referidos institutos jurídicos, que serão fundamentais para se assegurar a liberdade nas relações econômicas e a fruição de bens e riquezas. Essa liberdade econômica burguesa vai exigir do Estado uma grande abstenção em relação ao plano econômico, exigindo-se do Direito novas formas de limitação do poder político estatal.

O século XVII, consagrado por boa parte dos historiadores como início da Idade Moderna, é marcado por uma profunda “crise de consciência” (KONDER, 2006) na Europa. Há o início de uma grande fase de questionamento das verdades tradicionais que foram sendo urdidas durante toda a Idade Média e uma verdadeira revolução científica é suscitada pelo pensamento racional, bem como a necessidade de se compreender os fenômenos naturais através das premissas dessa nova forma de construir o conhecimento.

Na esfera política, observa-se que o motim dos *Levellers* e a revolta armada de Oliver Cromwell marcam o surgimento das ideias democráticas e dos princípios republicanos que fundamentam o Estado Moderno.

Fábio Konder lembra que nos séculos que sucederam a Idade Média passou-se a observar diversas experiências de intensificação da concentração dos poderes estatais na figura do monarca. Como exemplos, tem-se as teorias da monarquia absoluta de Jean Bodin e Thomas Hobbes, que nortearam a construção, inclusive, das monarquias ibéricas (KONDER, 2006).

A experiência do parlamento inglês, contudo, demonstrou que, no plano político, setores do Estado não iriam mais tolerar a “ultracentralização” observada até então, e que o meio para superar tal fato seria a construção de uma parcela do poder político pautada na representatividade, ainda que não de todo o povo. O parlamento inglês também foi a “instituição-chave”, nas palavras de **Konder**²³, para se assegurar a garantia das liberdades individuais na sociedade civil.

Durante os dois séculos que sucederam à era que se convencionou denominar Idade Média, **a Europa conheceu um recrudescimento da concentração de poderes**. Foi a época em que se elaborou a teoria da monarquia absoluta, com a Jean Bodin e Thomas Hobbes, e em que se fundaram os impérios coloniais ibéricos ultracentralizadores.

²³COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Ed. Saraiva, IV Edição, 2006, p. 47;48.

[...] A instituição-chave [contudo] para a limitação do poder monárquico e a garantia das liberdades na sociedade civil foi o Parlamento. A partir do *Bill of Rights* britânico, a ideia de um governo representativo, ainda que não de todo o povo, mas pelo menos de suas camadas superiores, começa a firmar-se como garantia institucional indispensável das liberdades civis.²⁴

A Independência Americana e a Revolução Francesa são dois grandes eventos históricos de suma importância, pois permeiam toda a compreensão moderna da teoria geral dos Direitos Humanos. A Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 marca o início dos direitos humanos na História. Trata-se do primeiro registro histórico que consagra os seres humanos em sua existencialidade e individualidade como seres livres, independentes e capazes de buscar a própria felicidade, possuindo direitos inatos que não poderão ser alienados durante a vida em sociedade. A referida declaração de direitos também é o primeiro documento histórico que, na engrenagem do Capitalismo incipiente, consagra a propriedade como um direito humano de primeira dimensão²⁵. Assim, dispõe o artigo 1º da referida Declaração de Direitos do bom povo da Virgínia²⁶:

Todos os seres humanos são, pela natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos **direitos inatos** dos quais, ao entrarem no estado em sociedade, **não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade**; nomeadamente, a fruição da **vida** e da **liberdade**, com os meios de adquirir e possuir a **propriedade** de bens, bem como de procurar e **obter a felicidade** e a **segurança**.” (DIREITO INTERNACIONAL, 1976).

Ainda segundo **Konder Comparato**, a busca pela felicidade é a razão de ser dessa gama de direitos inerentes à condição humana²⁷, aceita por todos os povos, em todas as épocas e civilizações; direitos estes que, mais tarde, no transcorrer da História da Humanidade, seriam chamados Direitos Humanos em suas mais diversas acepções e dimensões.

Na segunda década dos anos 2000, o STF, invocando o princípio da busca da felicidade como verdadeira faceta da dignidade da pessoa humana, fundamentou diversos julgados que

²⁴ Grifos nossos.

²⁵ *Idem*, p. 49.

²⁶ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, 12 de junho de 1776. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decl776.htm>>. Acesso em: 10 jul. 2008.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. Editora Saraiva, IV Edição, 2006, p. 49.

entenderam pela constitucionalidade do casamento homoafetivo. Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da Resolução 175/2013, lastreado na ADPF 132/RJ e na ADI 4277/DF, determinou aos cartórios de registros civis de todo o país a realizar a habilitação, a celebração de união estável, bem como a conversão da mesma em casamento entre pessoas do mesmo sexo. Tais exemplos, por si sós, representaram a importância dos referidos momentos históricos no processo afirmação dos direitos humanos, indicando que os pressupostos teórico-jurídicos extraídos deles ainda hoje são invocados para fundamentar importantes precedentes.

É na Revolução Francesa, 13 anos mais tarde, que a concepção de liberdade e igualdade entre os indivíduos ganha uma entonação maior. Todavia, como é sabido, a referida concepção de igualdade, em um primeiro momento, é construída teoricamente apenas em seu aspecto formal-legalista, com a famigerada cláusula do “todos são iguais perante a lei”.

É mister destacar que nesse momento outros direitos humanos de menor destaque no debate doutrinário também ganham *status* de direitos individuais e, portanto, são igualmente considerados direitos humanos de primeira dimensão. São eles: o direito de resistência à opressão e o direito à prosperidade – este último intimamente ligado à fruição de prerrogativas individuais inerentes ao direito de propriedade. Tem-se a previsão de que a finalidade de toda organização política e, portanto, em *ultima ratio*, do próprio Estado, é assegurar a conservação dessa gama de direitos naturais e imprescritíveis do homem, conforme o artigo 2º. Art. 2º. *A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.*²⁸.

Nesse momento não se tem o reconhecimento, no corpo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, principal documento jurídico da Revolução Francesa, ao Direito de Fraternidade. O referido direito a uma organização “*solidária da vida em comum*” (COMPARATO, 2006) só ganha expressão em 1948, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10 de dezembro do referido ano²⁹.

²⁸ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 26 de agosto de 1789. Colocada posteriormente no início da Constituição francesa de 1791. Disponível em: <http://www.geocities.com/marceloeva/Declaracao^ireitos_do_Homem.doc>. Acesso em: 16 nov. 2019.

²⁹ DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em:

Na Idade Moderna, com o reconhecimento de uma igualdade essencial entre todos os indivíduos, concebe-se uma nova forma de legitimação do poder político através do advento dos primeiros pressupostos teóricos da democracia burguesa. O artigo II da Declaração de Direitos da Virgínia dispõe que *“todo poder pertence ao povo e, por conseguinte, dele deriva”*. Nesse momento, pois, tem-se o início da construção daquilo que, mais tarde, no bojo do constitucionalismo moderno, seria compreendido por poder constituinte originário (essência de toda ordem democrática).

Contudo, conforme pontua Comparato (2006), faz-se necessário diferenciar a democracia em sua acepção moderna da experiência democrática que se vivenciou, outrora, nas Cidades-Estado gregas. Enquanto um dos fundamentos da democracia moderna é a ideia de representação, na democracia grega o poder político era exercido diretamente por homens livres nas chamadas ágoras. Boa parcela desses homens livres era constituída de artesões e camponeses, ou seja, pessoas que não detinham riquezas. Nesse sentido, a democracia grega era a própria antítese da ideia de governo que foi experimentada nas oligarquias.

Em sentido diverso, a experiência democrática moderna, sobretudo na França e nos Estados Unidos, foi marcada pela pressão da classe burguesa pela extinção dos privilégios observados no antigo regime em estamentos sociais como a Nobreza e o Clero. Nela, criou-se uma série de mecanismos de limitação do poder político do Estado, o qual passa a ser igualmente responsável pelos interesses da classe detentora das riquezas e dos meios de produção.

Nesse sentido, tem-se que a democracia moderna burguesa não é marcada pela defesa dos interesses da maioria pobre e desprovida dos meios de produção – o povo – mas sim pela cristalização dos interesses da classe burguesa no domínio jurídico e político, com o objetivo de extinguir os privilégios que foram observados no *Ancien Régime*.

[...] Mas a democracia que ressurgue nessa época [democracia moderna] nada tem a ver com a *demokratia* grega. Nesta, como explicou Aristóteles [em *A Política*], **o poder supremo (*kyrion*) pertence ao *demos*, que o exerce diretamente e nunca por meio de representantes**. Ora, o *demos* ateniense é composto, em sua grande maioria, de pequenos camponeses e artesãos, ou seja, de grupos de baixo poder econômico. **É por isso que, no pensamento político grego, a democracia representa a exata**

antítese da oligarquia, em que o poder político supremo pertence à classe proprietária.

Em sentido contrário, **a democracia moderna**, reinventada quase ao mesmo tempo na América do Norte e na França, **foi a fórmula política encontrada pela burguesia para extinguir os antigos privilégios dos dois principais estamentos do *ancien régime*** – o clero e a nobreza – e tornar o governo responsável perante a classe burguesa.” (COMPARATO, 2006)³⁰.

É possível afirmar, portanto, que as instituições da democracia moderna se adaptaram perfeitamente ao espírito burguês que surgiu na Idade Moderna. O nascimento dessas instituições se confunde com a construção teórica liberal dos direitos individuais como mecanismos de limitação vertical dos poderes estatais. Com efeito, impende destacar que a referida limitação não somente se deu no plano vertical, com aqueles que mais tarde ficariam conhecidos como direitos humanos de primeira dimensão, mas também no horizontal com a criação da Teoria da Separação dos Poderes.

Assim, as declarações de direitos norte-americanas, juntamente com a Declaração Francesa de 1789, são os documentos históricos onde os direitos individuais são positivados pela primeira vez. A resistência da classe burguesa aos privilégios que detinham certos estamentos da sociedade no Antigo Regime representa, para o liberalismo clássico, a emancipação do indivíduo frente aos arbítrios estatais que haviam sido observados séculos antes. O indivíduo, fora do campo de proteção da família e da Igreja, agora se encontra vulnerável diante das constantes mudanças da sociedade, da economia e da ciência. Nesse sentido, a sociedade liberal oferece a tais indivíduos, em contrapartida, a segurança da legalidade associada à abstração da igualdade de todos perante essa lei (COMPARATO, 2006).

Como se observaria mais tarde, na primeira metade do século XIX, essa igualdade formal se mostrou categoricamente inútil diante da expressiva massa de trabalhadores explorados e submetidos a jornadas de trabalho extensas e aviltantes nas fábricas inglesas. Na engrenagem do sistema de produção, patrões e empregados eram considerados contratantes juridicamente iguais, mas, fora das fábricas, a realidade social e econômica do proletariado reclamava uma igualdade efetiva a fim de se assegurar condições de vida minimamente dignas aos trabalhadores. É a classe trabalhadora organizada, sobretudo por meio do movimento sindical,

³⁰ Grifos nossos.

a principal responsável pelo início da formulação dos direitos sociais, os quais mais tarde ficariam conhecidos como direitos humanos de segunda dimensão.

O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias, já na primeira metade do século XIX. Ela acabou, afinal, por suscitar a indignação dos espíritos bem formados e por provocar a indispensável organização da classe trabalhadora. A Constituição Francesa de 1848, retomando o espírito de certas normas das Constituições de 1791 e 1793, reconheceu algumas exigências econômicas e sociais. Mas a plena afirmação desses novos direitos humanos só veio a ocorrer no século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. (COMPARATO, 2006).

1.2. O processo de internacionalização dos Direitos Humanos (segunda metade do século XX)

Como mencionado anteriormente no curso deste trabalho, é com o surgimento das primeiras organizações internacionais, notadamente a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Liga das Nações, que também surge o direito internacional dos direitos humanos. Como assinala Bobbio (BOBBIO, 1992), o grande desafio a respeito dessa gama de direitos nunca foi o de fundamentá-los, mas sim protegê-los. É justamente com esse objetivo de tutelar a dignidade humana, maior fundamento dos direitos humanos, que o sistema internacional de proteção e, por consequência, o direito internacional dos direitos humanos, surgem.

A criação desse sistema internacional de proteção após a Segunda Guerra Mundial reformula a tradicional noção de soberania estatal, à medida que os direitos humanos passam a ser interesse da toda comunidade internacional, superando as discussões que antes ficam adstritas ao âmbito doméstico dos Estados. Nesse aspecto, **Mazzouli** adverte que

inúmeros países, invocando a doutrina da soberania estatal, têm mesmo se utilizado do princípio da não-intervenção em assuntos internos, principalmente quando estão

em posição defensiva em relação aos seus deveres internacionalmente assumidos, em matéria de direitos humanos³¹.

No entanto, “*esta não é a melhor exegese do art. 2º (7) da Carta das Nações Unidas*”³².

Os Estados-Nação, com a nova agenda global de compromisso pela proteção de direitos humanos observada a partir da Segunda Guerra Mundial, passam a contrair obrigações perante a comunidade internacional na matéria em questão e a mediar suas relações com os outros membros da comunidade internacional através de princípios e valores que têm por escopo resguardar a dignidade da pessoa humana nos mais diversos âmbitos.

[...] O processo de internacionalização dos direitos humanos – que, por sua vez, pressupõe a delimitação da soberania estatal – passa, assim, a ser uma importante resposta na busca da reconstrução de um novo paradigma, diante do repúdio internacional às atrocidades cometidas no holocausto³³.

O esforço de reconstrução internacional dos direitos humanos, em resposta às atrocidades vivenciadas no holocausto, influencia não apenas o surgimento do direito internacional dos direitos humanos, mas também reformula todo o Direito Constitucional Ocidental. Esse novo prisma de afirmação desses direitos também irá se expressar na consolidação de uma nova concepção de sociedade global que objetiva não apenas a proteção simbólica da dignidade da pessoa humana, mas a criação de mecanismos eficazes de responsabilização internacional dos Estados nos casos de violação a direitos humanos. Supera-se na comunidade internacional, portanto, o antigo brocardo *the king can do no wrong*³⁴.

A instituição da Organização das Nações Unidas, com a promulgação da Carta das Nações Unidas de 1948, marca uma visível preocupação das agências internacionais, no mundo

³¹ MAZZOULI, Valerio de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos**: dois fundamentos irreconciliáveis, p. 173. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/823/R156-14.pdf?sequence=4&isAllowed=y>>. Acesso em 18 de novembro de 2019.

³² *Idem*.

³³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. Saraiva, 9ª edição, 2008, p. 119.

³⁴ Richard Pierre Caude e Burns H. Weston (eds.), *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, páginas 4 e 5, *apud* Flávia Piovesan (2008).

pós 45, em consolidar uma agenda em defesa global dos direitos humanos, tendo como objetivo jamais voltar a permitir as graves violações à dignidade humana observadas no holocausto.

Uma primeira forma encontrada pela comunidade internacional para conferir uma resposta aos crimes contra a humanidade perpetrados durante o regime nazista, ainda que severamente criticada por alguns, por violar o princípio da legalidade e do juiz natural, foi a criação do Tribunal de Nuremberg – notadamente lembrado por ser um tribunal de exceção³⁵ - para o processamento e julgamento dos nazistas entre 1945 e 1946. As regras de competência e os procedimentos básicos do mencionado órgão jurisdicional foram fixados no art. 6º do Acordo de Londres (1945), que dispunha sobre a competência do tribunal para processar e julgar os crimes cometidos ao longo do regime nazista por líderes do partido e os próprios oficiais militares.

[...] Nos termos do art. 6º desse Acordo, são crimes sob a jurisdição do Tribunal que demandam a responsabilidade individual: a) crimes contra a paz (planejar, preparar, incitar ou contribuir para a guerra de agressão ou para a guerra, em violação aos tratados e acordos internacionais, ou participar de plano comum ou conspiração para a realização das referidas ações); b) **crimes de guerra (violações ao direito e ao direito costumeiro da guerra; tais violações devem incluir – mas não serem limitadas a – assassinato, tratamento cruel, deportação de populações civis que estejam ou não em territórios ocupados, para trabalho escravo ou qualquer outro propósito, assassinato ou tratamento cruel de prisioneiros de guerra ou de pessoas em alto-mar, assassinato de reféns, saques à propriedade pública ou privada, destruição de vilas ou cidades, devastação injustificada por ordem militar); c) crimes contra a humanidade (assassinato, extermínio, escravidão, deportação ou outro ato desumano cometido contra a população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições baseada em critérios raciais, políticos e religiosos, para execução de crime ou em conexão com crime de jurisdição do Tribunal, independentemente se em violação ou não ao direito doméstico de determinado país em que foi perpetrado)”** (Acordo de Londres , 1945 *apud* PIOVESAN, 2009).³⁶

³⁵ Atribui-se ao princípio do juiz natural a vedação da criação de tribunais *ad hoc*, ou seja, a criação, *a posteriori*, de órgãos jurisdicionais que têm por objetivo julgar casos específicos ou pessoas determinadas. A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, que marca a transição de um período de autoritarismo para um regime democrático, veda em art. 5º, inciso XXXVII, a criação de juízo ou tribunal de exceção como verdadeira faceta do devido processo legal, tendo em vista que será nula uma pena aplicada onde não há um processo conduzido por um órgão jurisdicional competente (*nulla poena sine iudicio*). Nesse sentido, como se verá mais à frente, quando tratarmos das garantias processuais fundamentais aplicáveis ao processo penal brasileiro, tem-se que as regras de competência deverão ser anteriores ao fato que se deseja processar (e ao final julgar) e deverão estar previstas na constituição e na lei. A tudo isso, dentro da melhor doutrina, atribui-se a verdadeira concepção de um processo penal democrático e garantista. Portanto, são os princípios da legalidade e do juiz natural que garantem à sociedade a proteção contra a criação de tribunais que não têm suas regras de competência para processamento e julgamento previamente estabelecidas na constituição e na lei.

³⁶ Grifos nossos.

No momento em que foram cometidas, as violações contra a dignidade humana que foram observadas no holocausto não eram consideradas crimes em sentido formal, por inexistência de lei que assim as tipificasse. Por isso mesmo, setores da doutrina e da jurisprudência de direito internacional público criticam a instituição do Tribunal de Nuremberg. Para eles, o julgamento e o processamento de condutas que à época não eram tipificadas em lei como crime, violaria a princípio da legalidade – hoje tido como um dos principais mecanismos de racionalidade e limitação ao poder de punir do Estado.

Para os que defendem a legitimidade do referido órgão jurisdicional internacional, sustenta-se que o Tribunal de Nuremberg invocou o costume internacional para o processamento e o julgamento dos nazistas. Como o costume é elevado à fonte de direito internacional pelo art. 38 da Corte Internacional de Justiça, entende-se que a criação do mencionado tribunal restou plenamente justificada.

Portanto, tem-se que a criação da organização das Nações Unidas expressa a consolidação de uma nova ordem internacional, atualmente comprometida com uma vasta agenda de compromissos que orbitam não somente nas relações diplomáticas entre os Estados, mas também em questões atinentes à proteção do meio ambiente, à paz mundial (*ius in bello*), a questões de cooperação internacional em prol do desenvolvimento econômico e social e, sobretudo, de proteção internacional dos direitos humanos.

Para atingir os referidos objetivos, a ONU criou diversos órgãos com prerrogativas de atuação específicas, como a mencionada Corte Internacional de Justiça (seu órgão jurisdicional), o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, o Secretariado, o Conselho de Tutela e a conhecida Assembleia Geral. Toda essa organização de competências e objetivos está prevista na Carta das Nações Unidas de 1945, daí a sua importância histórica em relação ao avanço na questão da proteção internacional dos direitos humanos.

A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional.

[...] Para a consecução desses objetivos, as Nações Unidas foram organizadas em diversos órgãos. Os principais órgão das Nações Unidas são a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, a Corte Internacional de Justiça, o Conselho Econômico e

Social, o Conselho de Tutela e o Secretariado, nos termos do art. 7º da Carta da ONU. (PIOVESAN, 2009).

Desde a sua constituição em 1945, na Conferência de São Francisco, a organização das Nações Unidas possui uma vasta gama de competências justamente por conta da extensa agenda de compromissos internacionais que institucionalizou nos mais diversos instrumentos normativos que desenham sua composição atual. Assim, a questão da proteção internacional dos direitos humanos, associada à preservação ambiental e o desenvolvimento econômico e social, passa a ser objeto de debate ao lado de pautas clássicas ligadas à manutenção da paz mundial.

Acontece que, quando se levam em consideração fatores geopolíticos, chega-se à conclusão que a ONU acaba favorecendo um pequeno grupo de nações (as de maior poder econômico e bélico).

A Assembleia-Geral, na qual todas as nações que constituem a ONU tem direito a um voto, ainda possui pouca força deliberativa a respeito de questões relevantes para a comunidade internacional. Isso porque o Conselho de Segurança, formado pelos Estados com maior poder econômico, tem poder de veto sobre as decisões da Assembleia-Geral, expressando dessa forma a verdadeira centralização existente no corpo político da Organização das Nações Unidas. Diante disso, discute-se bastante a respeito da necessidade de implementação de um efetivo processo democrático no seio institucional da ONU, de forma a fortalecer a Assembleia-Geral e tornar o Conselho de Segurança paritário.

No marco dos debates a respeito da reforma da ONU, além de fortalecer a pauta dos direitos humanos como propósito geral da Carta da ONU, faz-se fundamental fortalecer a Assembleia Geral, na qualidade de verdadeiro Senado Mundial e democratizar o Conselho de Segurança, tornando-o um órgão mais representativo da comunidade internacional e da geopolítica contemporânea”. (PIOVESAN, 2009) .

1.3. Os tratados internacionais de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico brasileiro

O rol de direitos e garantias individuais positivado nos diversos incisos do art. 5º da Constituição Federal não é taxativo, pois a CRFB confere normatividade a demais princípios que possam vir a ser extraídos da ordem jurídico-constitucional e dos tratados que o Estado Brasileiro venha a ser signatário. Desse modo, dispõe o constituinte originário que *“os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*³⁷.

A fórmula preconizada pelo constituinte originário, portanto, não criou uma distinção entre os tratados de direitos humanos e os tratados internacionais sobre outras matérias, aceitando a normatividade constitucional de ambas as espécies em sentido amplo e conferindo aos tratados internacionais o caráter de normas materialmente constitucionais. Conforme assinala **Badaró**, *“em razão de tal dispositivo, defendia-se que os tratados que tiverem por objeto direitos e garantias individuais seriam equiparados às normas constitucionais, tendo o mesmo status hierárquico”*³⁸.

Apesar da clareza do texto constitucional, a questão a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos nem sempre foi pacífica no âmbito da jurisprudência e da doutrina. Parte da doutrina, defendia que os tratados internacionais de Direitos Humanos não poderiam possuir *status* de norma constitucional, uma vez que, sob o aspecto formal, teriam hierarquia de lei ordinária³⁹.

Os doutrinadores que defendiam a equiparação dos tratados às leis ordinárias tiveram, todavia, que reformular seu entendimento quando da inclusão do §3º ao art. 5º da Constituição Federal através da Emenda Constitucional nº 45/2004. Tal dispositivo incluiu um procedimento especial de internalização de tratados de Direitos Humanos à ordem jurídico-constitucional brasileira bastante similar ao aplicável às emendas constitucionais, preceituando que *“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada*

³⁷ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

³⁸ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier, 2012, p. 5.

³⁹ *Idem*, p. 5.

Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”⁴⁰.

A consequência dessa reforma constitucional foi sensível, uma vez que todos os tratados de Direitos Humanos que fossem internalizados ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do procedimento previsto no §3º passariam a ter a hierarquia formal e material de normas constitucionais. Mas o que dizer a respeito dos tratados internalizados antes do advento da EC nº 45/2004, promulgada em 30 de dezembro de 2004, como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992)? A esse respeito, o STF teve a oportunidade de se manifestar no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP⁴¹ (que tratou da possibilidade de prisão civil do depositário infiel).

No precedente citado, o Ministro Gilmar Mendes consignou que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos possui *status* de “supralegalidade”, tornando ineficaz a legislação ordinária com ela conflitante (seja a lei anterior ou posterior à ratificação, pelo Brasil, do Pacto de São José da Costa Rica). O Ministro Celso de Mello, por seu turno, sustentou a tese de que tratados internacionais sobre Direitos Humanos são normas materialmente constitucionais. No julgamento do RHC nº 79.785/RJ, outro precedente paradigmático no assunto, o Ministro Sepúlveda Pertence reconheceu natureza supralegal, mas infraconstitucional, dos tratados internacionais de direitos humanos internalizados ao nosso ordenamento⁴².

Não obstante o entendimento sedimentado no âmbito da jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, acreditamos que o posicionamento mais adequado a ser dado à questão é o encontrado nas lições de **Piovesan**⁴³. Segundo a constitucionalista,

[...] há que se afastar o equivocado entendimento de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são

⁴⁰ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**, Capítulo I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de novembro de 2019.

⁴¹ STF, RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 3 de dezembro de 2008, p. 4 de junho de 2009.

⁴² STF, RHC nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15 de agosto de 2000, p. 30 de agosto de 2000.

⁴³ PIOVESAN, Flávia *apud* BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier, 2012, p. 5.

materialmente constitucionais”. Dessa forma, “a leitura sistemática dos dispositivos aponta que o *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados⁴⁴.”

Portanto, as lições trazidas pela professora Flávia Piovesan nos permitem sustentar que a introdução do §3º ao texto da Constituição Federal criou dois tipos de tratado de direitos humanos: os materialmente constitucionais e os formalmente constitucionais, sendo certo que todos eles sempre serão materialmente constitucionais e, portanto, gozarão do mesmo grau de hierarquia das normas constitucionais. É a hipótese em que se insere o Decreto nº 678/1992, que internaliza ao ordenamento jurídico brasileiro a Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

1.4. As garantias processuais penais CF - 1988 e CIDH

É no iluminismo que os postulados fundamentais do Direito Penal Humanitário surgem. É nesse período reformador, sobretudo na segunda metade do século XVIII, que se concebem as primeiras limitações ao *ius puniend*, refutando-se a pena capital e os excessivos castigos corporais observados até o início do referido século através do suplício⁴⁵.

Como o Direito Penal era pautado em castigos corporais, observou-se até a primeira metade do século XVIII arbitrárias decisões judiciais que levavam em consideração tão somente a condição social do indivíduo, uma vez que ainda não haviam sido formuladas as premissas básicas da igualdade formal-legalista.

Nesse sentido, filósofos, juristas e moralistas, a partir da segunda metade do século XVIII, começam a tecer em suas obras severas críticas ao sistema punitivo posto até então - notadamente excessivo, arbitrário e aristocrático. Nomes como Rousseau, Voltaire e Montesquieu, nesse período, serão os responsáveis por dar os primeiros passos a caminho dos ideais de justiça e liberdade – os quais, mais tarde, como se sabe, ganham expressiva entonação

⁴⁴ *Idem*.

⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: o nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 34.

na Revolução Francesa. Contudo, é a **Cesare Beccaria**⁴⁶, Howard e Bentham que se atribui o legado teórico de um iluminismo eminentemente penal.

A secularização do direito penal e a superação da lógica do suplício, das penas corporais públicas e infamantes (FOUCAULT, 1987), demonstram a íntima ligação entre Estado e Pena desde a Idade Média e, por conseguinte, a imperiosa necessidade histórica de criação de mecanismos que viessem conferir legitimidade, proporcionalidade (BECCARIA, 2015) e limitação ao poder de punir.

Para **Cezar Roberto Bitencourt** (BITENCOURT, 2008), “pena” e “Estado” são conceitos intimamente ligados. Nesse sentido, o desenvolvimento socioeconômico do Estado e sua forma de organização são determinantes no modelo punitivo a ser consagrado na ordem jurídica interna de um Estado Soberano. Será por meio do Direito Penal que o Estado alargará o seu sistema de controle social, abusivamente e de forma seletiva na maioria das vezes, razão pela qual sua intervenção na esfera individual de liberdade da pessoa humana precisará ser limitada através de princípios que serão observados não só no Direito Penal, mas também no processual penal.

Conforme **Badaró**, “*princípio é o mandamento nuclear de um sistema*” sendo uma “*regra fundante que, normalmente, está fora do próprio sistema por ele regido*”⁴⁷. Assim, dos ensinamentos do processualista paulista, é possível compreender os princípios como fundamentos do ordenamento jurídico, de onde todas as demais regras jurídicas de direito positivo buscam sua essência e validade. Os princípios possuem, portanto, função **informativa** (quando fundamentam toda a ordem jurídica), **normativa** (quando se destinam a regular um caso concreto) e **bloqueadora** (revogando regras que lhes sejam inerentemente incompatíveis).

A Constituição Federal de 1988 consagrou uma ampla gama de princípios processuais penais, ora expressos em seus dispositivos, ora implícitos – podendo ser extraídos do próprio regime constitucional ou das regras previstas em tratados internacionais de direitos humanos (como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos). Esse corpo de princípios da CRFB/1988 conforma e define as principais diretrizes do processo penal brasileiro, de base democrática, levando-nos a afirmar que atualmente há uma verdadeira jurisdição constitucional

⁴⁶ BECCARIA, Cesare Bonesana. Dos delitos e das penas. Trad. Flório de Angelis. São Paulo: Edipro, 1999.

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier, edição 2012, p. 3.

atuando sobre suas regras. Com esse viés, passaremos, agora, a analisar tais princípios nos tópicos seguinte de forma detida e pormenorizada.

1.4.1. Devido processo legal

O devido processo legal é considerado o “princípio síntese”⁴⁸ do processo penal brasileiro, à medida que todos os demais princípios processuais penais decorrem dele. No processo penal garantista⁴⁹, é expresso através do brocardo *nulla poena sine iudicio*, determinando que não haverá a aplicação de uma pena sem um devido processo ao réu em que sejam asseguradas todas as garantias processuais fundamentais. Assim, o processo penal pode ser considerado o caminho necessário à aplicação de uma, sendo legítimo mecanismo de limitação do direito penal subjetivo.

No ordenamento jurídico brasileiro, o devido processo legal é elevado pelo constituinte originário de 1988 ao *status* de princípio constitucional explícito, dispondo o constituinte originário que “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”⁵⁰.

Por muito tempo, o devido processo legal esteve adstrito tão somente ao aspecto processual, mas hoje se entende que esse princípio possui um comando normativo muito mais abrangente, destinando-se também ao legislador quando da edição de novas leis. Nesse mister, o devido processo legal atualmente pode ser dividido em dois aspectos: devido processo legal formal e devido processo legal substancial. Enquanto o devido processo legal substancial exige a edição de leis justas, razoáveis e racionais, destinando-se, nesse sentido, ao legislador, o devido processo legal formal tem por finalidade assegurar as regras processuais fundamentais no caso concreto, englobando os demais princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier, edição 2012, p. 42.

⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁰ Art. 5º, CRFB/88: “LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assim, a Constituição Federal de 1988, ao positivizar o devido processo legal no rol dos direitos e garantias individuais, exige que o processo penal se desenvolva perante um juiz natural em prazo razoável, assegurando-se a ampla defesa, o contraditório, a motivação das decisões judiciais e a publicidade dos atos e termos do processo. Também exigirá do magistrado regras de tratamento em relação ao réu condizentes com o seu estado de inocência, posto que o destinatário das garantias fundamentais é o réu e não o Estado.

Em suma, o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver em um prazo razoável. Sem isso, não haverá *due process* ou um processo *équico*.⁵¹

1.4.2. Presunção de inocência

Assim como o devido processo legal, a motivação, a ampla defesa, o contraditório e a publicidade, a presunção de inocência busca seu fundamento axiológico-positivo no texto da Constituição Federal de 1988, sendo considerada um princípio constitucional explícito. A respeito da presunção de inocência, dispõe a CRFB que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”⁵².

Conforme se verifica da leitura do dispositivo constitucional colacionado, verifica-se a opção do constituinte originário em positivizar a “presunção de não-culpabilidade” ao invés da expressão tradicional “presunção de inocência”. Diante disso, uma questão de suma importância ainda se coloca na doutrina processualista penal brasileira: seriam a presunção de não-culpabilidade e a presunção de inocência princípios distintos, com escopo de proteção diferentes? Ou seriam expressões equivalentes, de conteúdo similar, com o mesmo alcance de proteção?

⁵¹ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier, edição 2012, p. 42.

⁵² Art. 5º, CFRB/1988: “*LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”.

Badaró⁵³ nos lembra que, enquanto parte da doutrina entende que a Constituição Federal não adotou o princípio da presunção de inocência, outra parte, pautada na impossibilidade de se conceber diferenciação de conteúdo entre a presunção de inocência e a presunção de não-culpabilidade, entende que os referidos princípios são equivalentes.

[...] A questão suscitou divergências na doutrina. Para alguns, a Constituição não adotou a presunção de inocência. Outra corrente, fundamentada na impossibilidade de distinção de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, entende que tais princípios são equivalentes.

Nesse trabalho de conclusão de curso, iremos adotar o entendimento que a presunção de inocência não possui qualquer diferença de conteúdo em relação ao princípio da não-culpabilidade, uma vez que as expressões “inocente” e “não-culpável” são equivalentes e não possuem alcance de proteção diferentes. Entendemos, assim como **Gustavo Badaró**⁵⁴, que as tentativas doutrinárias tendentes a divergir dessa compreensão democrática, devem ser reputadas como um esforço de retorno uma concepção de processo penal destinado à defesa social que é incompatível com os valores do Estado Democrático de Direito.

[...] Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. As expressões “inocente” e “não culpável” constituem somente variantes semânticas de um idêntico conteúdo. É inútil e contraproducente a tentativa de apartar ambas as ideias – se é que isto é possível –, devendo ser reconhecida a equivalência de tais fórmulas. Procurar distingui-las é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. **Buscar tal diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito**⁵⁵⁵⁶.

Diante do seu amplo alcance normativo e orientador, três facetas podem ser extraídas do princípio da presunção de inocência: a presunção de inocência como uma regra política, a presunção de inocência como uma regra probatória e, por terceiro, a presunção de inocência

⁵³ BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. Ed. Elsevier, edição 2012, p. 24.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Idem.*

⁵⁶ Grifos nossos.

como uma regra de tratamento devida ao réu que deverá vincular o magistrado, o Ministério Público e toda a sociedade.

A primeira forma de analisar a presunção de inocência, como garantia política do cidadão, talvez seja a mais importante delas à medida que o processo penal pode ser compreendido como um círculo onde “*a cultura da sociedade e a organização do sistema político*”⁵⁷ estão refletidos. Assim, não se pode imaginar um processo penal que não seja regido pela lógica do acusatório, onde o réu, por ser presumidamente inocente, em caso de insuficiência de suporte fático-probatório, terá a dúvida sempre a favor de sua absolvição (*in dubio pro reo*).

A segunda forma de analisar a presunção de inocência preconiza que o ônus de provar as imputações formuladas através da denúncia ou da queixa-crime, em regra, é do Ministério Público (nas ações penais públicas) e do Querelante (na ação penal privada). Como o réu é presumidamente inocente, via regra, nada precisaria provar a respeito desse estado de inocência que lhe é inerente. Essa redistribuição do ônus da prova realizada pelo princípio da presunção de inocência se mostra como um imperativo lógico sobretudo nas ações penais públicas, uma vez que, afim de se assegurar uma efetiva paridade armas entre acusado e Ministério Público, órgão estatal com amplas atribuições persecutórias (CRFB, art. 129), mostra-se necessário a positivação de regras probatórias que favoreçam aquele.

A terceira faceta do princípio da presunção de inocência exige do magistrado, da acusação e da sociedade regras de tratamento que estejam condizentes com o *status* jurídico de inocência conferido ao réu pela Constituição Federal. Assim, ao longo do processo penal, o acusado não poderá ser, de forma alguma, equiparado àquele que ostenta título de culpa constituído por meio de uma sentença condenatória transitada em julgado. Com efeito, tem-se que “*é manifestação clara deste último sentido da presunção de inocência a vedação a prisões processuais automáticas e obrigatórias*”⁵⁸.

É preciso destacar que o princípio em exame em regra não veda toda e qualquer prisão no curso do processo, mas exige do magistrado motivação idônea e o respeito a certos postulados, tais como a razoabilidade e a proporcionalidade, de forma a compatibilizar o regime jurídico das prisões cautelares com a presunção de inocência.

⁵⁷ BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier, edição 2012, p. 24.

⁵⁸ *Idem*.

Recentemente, importante debate a respeito da presunção de inocência, em face da possibilidade da execução da pena após a condenação pelos Tribunais Estaduais, pôs-se na jurisprudência do STF⁵⁹. Ao julgar pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo Conselho Federal da OAB e pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) para suspender todos os acórdãos prolatados em segunda instância, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o art. 283 do Código de Processo Penal não obsta o início da execução da pena após a condenação em segunda instância.

O caso, que começou a ser julgado pelo plenário da Suprema Corte Brasileira no dia 1 de setembro de 2016, suscitou intensos debates na doutrina, na opinião pública e nos principais veículos de imprensa. No primeiro dia de julgamento votou o Ministro Marco Aurélio, Relator das ADC nº 43 e 44, pela constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que

ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva⁶⁰.

Contudo, no julgamento do dia 1º de outubro de 2016, entendeu o plenário pela possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade após a prolação do acórdão condenatório pelos Tribunais de Justiça Estaduais, esgotando o alcance jurídico da presunção de inocência na 2ª instância.

Entendemos que a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal, com todas as vênias, fere um dos postulados mais básicos de um processo penal que se propõe a ser democrático e assegurado de direitos e garantias fundamentais. Isso porque o art. 283 está perfeitamente alinhado com o princípio da presunção de inocência, tendo em vista que ninguém pode ser recolhido à prisão sem que sua culpa esteja, antes de qualquer intervenção estatal na esfera de liberdade da pessoa humana, higidamente constituída por meio de uma decisão condenatória transitada em julgado. Dessa forma, caso não estejam presentes os requisitos legais a ensejar a

⁵⁹ STF, MC na ADC nº 43 e MC na ADC nº 44, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 01/09/2016 e 05/10/2016.

⁶⁰ BRASIL. **Código de Processo Penal (1940)**. Título IX, Capítulo I – Das disposições gerais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

decretação da prisão preventiva (art. 312 do CPP), o réu não poderá ser recolhido de forma automática à prisão após a condenação em segunda instância.

Conforme bem lembra o decano do STF, Ministro Celso de Mello, a presunção de inocência é uma conquista histórica do cidadão contra os arbítrios e a opressão do Estado. Mais que isso, o referido princípio tem prevalecido ao longo da história das sociedades civilizadas porque é um valor fundamental intimamente ligado à dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, ao rever a jurisprudência firmada em 2009, a posição da maioria dos Ministros da Corte *“reflete preocupante inflexão hermenêutica de índole regressista no plano sensível dos direitos e garantias individuais, retardando o avanço de uma agenda judiciária concretizadora das liberdades fundamentais”*⁶¹.

1.4.3. Ampla defesa e contraditório

O contraditório e a ampla defesa são princípios constitucionais explícitos, positivados no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988. Dispõe o texto da Carta Magna que *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*⁶². Da leitura do dispositivo, é possível perceber a preocupação do constituinte em assegurar o contraditório e a ampla defesa não somente na esfera judicial, mas também na seara administrativa, exigindo-se da Administração Pública o respeito a tais princípios também no processo administrativo.

A definição clássica de contraditório pode ser encontrada no magistério de **Joaquim Canuto Mendes de Almeida**, o qual define o contraditório como sendo *“a ciência bilateral dos atos e termos processuais e a possibilidade de contraditá-los”*⁶³.

⁶¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 8 de setembro de 2019.

⁶² BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Título II, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

⁶³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de *apud* BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal** Ed. Elsevier, edição 2012, p. 18.

Neste conceito, encontram-se dois componentes clássicos da definição de contraditório: a informação e a capacidade de reação. Assim, tem-se que o contraditório destina-se a consolidar uma estrutura dialética no processo, à medida que o debate travado pelas partes no curso da instrução criminal será fundamental na construção do mérito.

1.4.4. Juiz Natural

A garantia do juiz natural pode ser extraída de diversas cláusulas presentes em incisos do art. 5º da CRFB/1988⁶⁴. Quando a Constituição Federal estabelece “*que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*” (art. 5º, LIII, da CF), determinando ainda que “*não haverá juízo ou tribunal de exceção*” (art. 5º, XXXVII, da CF) o constituinte originário está assegurando ao jurisdicionado um juiz imparcial, determinado de forma prévia através das normas de competência essencialmente dispostas no Texto Maior e, residualmente, na legislação ordinária e nas normas de organização judiciária. Referida garantia também possui lastro convencional, uma vez que se encontra positivada dentre o rol de garantias judiciais do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto nº 678/1992)⁶⁵ nos seguintes termos:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei**, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”⁶⁶.

Dessa forma, o regime constitucional brasileiro nos permite afirmar que o juiz natural é, na verdade, um juiz imparcial, competente e aleatório. Imparcial porque não terá interesse de agir no processo penal, uma vez, no sistema acusatório, o ônus de acusar e refutar o estado de inocência imanente ao réu será inteiramente do Ministério Público (art. 129 da CRFB).

⁶⁴ SARLET, Ingo. *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Saraiva, 2015, 3ª edição, p. 756.

⁶⁵ BRASIL. **Decreto nº 678/1992**. Garantias Judiciais, art. 8º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 7 de novembro de 2019.

⁶⁶ Grifos nossos.

Competente porque, como dito, o limite de sua jurisdição será determinado pelas regras constitucionais e infraconstitucionais previamente ao ajuizamento da ação penal.

Em suma, como bem lembra **Sarlet**, o juiz natural “é o juiz a que é constitucionalmente atribuído o dever de prestar tutela jurisdicional e conduzir o processo de forma justa”⁶⁷. A garantia do juiz natural também é a que possibilita às partes no processo penal a possibilidade de construção do mérito através da ampla defesa e do contraditório, já que não incumbe ao poder judiciário (imparcial) se imiscuir nessa tarefa.

Como o juiz natural é, antes de mais nada um juiz, tem-se que ele nunca será parte no processo penal. Em razão disso, parcela considerável da doutrina defende que o princípio do juiz natural está na essência da própria jurisdição⁶⁸.

1.4.5. Duplo Grau de Jurisdição

A garantia ao duplo grau de jurisdição não está expressamente prevista na Constituição Federal de 1988, mas pode ser encontrada no art. 8º, item 2, alínea *h*, do Decreto nº 678/1992 (Pacto de São José da Costa Rica). Ainda que não esteja formalmente previsto no texto constitucional brasileiro, o duplo grau de jurisdição poderá ser considerado norma materialmente constitucional em razão do que dispõe o §2º, art. 5º, da CRFB.

Contudo, apesar de hoje estar prevista na referida convenção, uma breve análise histórica das constituições brasileiras nos permite afirmar que a garantia do duplo grau de jurisdição esteve positivada de forma expressa uma única vez na ordem jurídico-constitucional brasileira,

⁶⁷ Idem, p. 757.

⁶⁸ CAPPELLETI, Mauro. **Juízes Legisladores?** p. 74; BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Curso de Processo Civil**, 5ª edição, vol. 1, p. 40-41; Oliveira, Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**, vol. 1, p. 125 *apud* SARLET, Ingo *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Saraiva, 2015, 3ª edição, p. 756-760.

curiosamente na Constituição Imperial de 1824 (art. 158)⁶⁹. As demais constituições, como bem pontuou **Nery Junior**, não positivaram a referida garantia, limitando-se a prever tão somente competências recursais ordinárias⁷⁰.

Expressa através da cláusula “[*toda pessoa tem*] direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, a referida garantia se encontra em perfeita consonância com a presunção de inocência, uma vez que no sistema constitucional brasileiro a pessoa humana não será considerada culpada até que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória se efetive (o que muitas vezes só ocorre nos Tribunais Superiores).

A respeito de seu âmbito de proteção, pode-se afirmar que “*ter direito ao duplo grau de jurisdição significa ter direito a um duplo exame do mérito por dois órgãos distintos do poder judiciário*”⁷¹.

No processo penal, pois, o duplo grau de jurisdição ganha uma entonação especial à medida que a referida garantia é considerada “*um elemento essencial para a conformação do processo justo no âmbito penal*”⁷². Contudo, como exceções à referida garantia, pode-se citar as ações penais de competência originária do Supremo Tribunal Federal. Nesses casos, o duplo grau de jurisdição estará suficientemente assegurado ao réu “*pelo simples fato de ser julgado pela mais alta corte do país*”⁷³.

1.4.6. Duração razoável do processo

O princípio da duração razoável do processo é introduzido ao texto constitucional por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004. Segundo o inciso LXXVII, art. 5º, CRFB, “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os*

⁶⁹ BRASIL. **Constituição Imperial (1824)** Título 6, Capítulo Único - Dos Juizes, e Tribunaes de Justiça. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

⁷⁰ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. p. 280-281.

⁷¹ PORTO, Sérgio; USTÁRROZ, Daniel *apud* SARLET, Ingo, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição, Ed. Saraiva, 2015, p. 793-794.

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

meios que garantam a celeridade de sua tramitação”⁷⁴. Como verdadeira cláusula geral, de natureza textual aberta, o princípio da duração razoável impõe ao Estado uma série de ações que, no processo penal, visam a assegurar a dignidade humana do acusado.

Dessa forma, a doutrina ensina que sua normatividade constitucional determina

(i) ao legislador, a adoção de técnicas processuais que viabilizem a tutela jurisdicional em prazo razoável [...] (ii) ao administrador judiciário, a adoção de técnicas gerenciais capazes de viabilizar o adequado fluxo dos atos processuais [...] e (iii) ao juiz, a condução do processo de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável⁷⁵.

Nesse sentido, o princípio da duração razoável do processo não se confunde com o pretensão direito a um processo rápido ou célere, isso porque as expressões “duração razoável” e “rápido” não são equivalentes. Para construir a verdade judicial, o processo precisa trilhar necessariamente os caminhos determinados abstratamente pelo legislador através das regras procedimentais. Logo, o que referido princípio objetiva, na verdade, é a consolidação de um processo sem dilações indevidas, onde deverá existir proporcionalidade entre o tempo de duração do feito e a complexidade da causa submetida à apreciação do judiciário.

[...] O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre a duração do processo e a complexidade do debate que nele tem lugar. Nesse sentido, a expressão processo sem dilações indevidas, utilizada pela Constituição espanhola (art. 24, segunda parte), é assaz expressiva. O direito ao processo justo implica a sua duração em tempo justo⁷⁶.

1.4.7. Motivação das decisões judiciais

⁷⁴ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Título II, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

⁷⁵ SARLET, Ingo *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. Ed. Saraiva, 4ª edição, 2015, p. 790.

⁷⁶ *Idem*.

O princípio da motivação se encontra positivado no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Dispõe a CRFB que *“todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”*⁷⁷. Está previsto ainda no art. 381, inciso III, do Código de Processo Penal, o qual dispõe que: *“Art. 381. A sentença conterá: III - a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”*.

Assim, pode-se afirmar que o princípio da motivação está intimamente ligado ao princípio da publicidade, uma vez que, ao expor as razões de fato e de direito que ensejaram à decisão, o juiz exterioriza às partes os fundamentos jurídicos invocados e possibilita o controle social quando a decisão não está coberta por uma das hipóteses de sigilo autorizadas pela lei e pela Constituição Federal. Está ainda vinculado ao princípio da persuasão racional ou do livre convencimento motivado do juiz, pois o mesmo, apesar de ter liberdade para decidir a partir dos elementos de prova carreados aos autos no curso da instrução criminal, precisará motivar sua decisão.

Tem-se, ainda, que o princípio da motivação, ao exigir do magistrado esforços de ordem teórica, discursiva e jurídica quando provocado a se manifestar, contribui para limitação da função jurisdicional do Estado e com a prolação de decisões racionais e inteligíveis, viabilizando dessa forma a mais ampla defesa e um contraditório efetivo.

Segundo **Mougenot**⁷⁸, *“a obrigatoriedade de que toda decisão seja motivada representa uma garantia contra arbitrariedades no exercício do poder estatal”*, uma vez que não se destina apenas ao poder judiciário, mas também à Administração Pública. Assim, o presente princípio se mostra como um dos mais importantes princípios gerais do Direito Brasileiro, sendo certo que se expressa no Direito Processual Penal como verdadeiro mecanismo de contenção do arbítrio e escudo contra decisões judiciais desproporcionais e autoritárias.

1.4.8. Publicidade

Os dispositivos constitucionais que positivam o princípio da publicidade são os art. 5º, LX e o art. 93, inciso IX. Dispõe o constituinte originário que *“a lei só poderá restringir a*

⁷⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Título II, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

⁷⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 54.

publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”⁷⁹, sendo certo que “*todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos*”⁸⁰. O princípio da publicidade também está previsto na primeira parte do art. 792 do Código de Processo Penal, determinando o legislador ordinário que “*as audiências, sessões e atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e Tribunais*”⁸¹.

Ao estabelecer, portanto, que os atos processuais são, via de regra, públicos, a CR constitui a publicidade como um instrumento de efetivação da democracia, uma vez que viabiliza o controle social das decisões prolatadas pelo poder judiciário e dos atos por ele praticados⁸². Conforme bem lembrou **Roxin**, em vários momentos históricos a publicidade restou suprimida nos Estados Totalitários, já que os procedimentos inquisitoriais de tortura e eliminação de opositores políticos aconteciam em sigilo⁸³. Dessa forma, pode-se afirmar que a publicidade é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

CAPÍTULO. 2.

A QUESTÃO DA PROTEÇÃO FEDERAL DOS DIREITOS HUMANOS

A questão da proteção federal dos direitos humanos ganha especial atenção no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da EC nº 45/2004, emenda constitucional conhecida como “Emenda de Reforma do Poder Judiciário”. A referida emenda alterou de forma significativa o rol de competências da Justiça Federal, introduzindo ao art. 109 da CRFB/88 a figura jurídica do Incidente de Deslocamento de Competência.

⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Título II, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, art. 5º, inciso LX. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Livro VI – Disposições Gerais, art. 792. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

⁸² FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **A motivação das decisões penais**. Ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2013, p. 48.

⁸³ ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Ed. University of Puerto Rico Press, 2004. p. 41.

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.⁸⁴.

Dessa forma, a finalidade precípua do IDC é a de assegurar a proteção efetiva dos direitos humanos, através da sua federalização, quando se verifica no caso concreto a grave violação de direitos humanos. Isso se deve em razão da extensa agenda internacional de compromissos assumida pelo Estado Brasileiro na temática em questão, sendo o IDC uma tentativa do Estado Brasileiro de conferir respostas positivas à comunidade internacional às violações graves a direitos humanos em casos como a da missionária Dorothy Stang, a Chacina do Cabula, o Massacre do Carandiru, a Chacina da Candelária e as Chacinas da Favela Nova Brasília.

Em casos tais, pois, onde se observa a violação grave de direitos humanos e risco de responsabilização internacional do Brasil, a Procuradoria-Geral da República (órgão de cúpula do Ministério Público Federal) poderá provocar o deslocamento da competência junto ao Superior Tribunal de Justiça, o qual decidirá pela matéria e, uma vez deferida a pretensão, determinará o deslocamento da investigação ou do processo em curso no poder judiciário estadual, em qualquer fase que estejam, para a justiça federal.

Como se trata de medida excepcional, em razão da divisão de competências preconizada pelo princípio federativo (CR, art. 2º), o Incidente de Deslocamento de Competência apenas deverá ser deferido em casos de extrema gravidade, onde o risco de responsabilização internacional do Brasil seja patente.

No julgamento do paradigmático IDC nº 1, suscitado pela PGR por ocasião do homicídio da missionária **Dorothy Stang**, amplamente divulgado pela mídia⁸⁵, e que despertou a atenção da comunidade internacional a respeito da violência no campo brasileiro, o STJ⁸⁶, para fundamentar sua decisão denegatória, asseverou que

⁸⁴ Grifos nossos.

⁸⁵ Disponível em: < <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2018/08/dorothy-galileu.html>>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

⁸⁶ STJ, IDC nº 1/PA (2005/0029378-4), S3 - Terceira Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 8 de junho de 2015 e publicado em 10 de outubro de 2005.

[...] o deslocamento de competência em que a existência de crime praticado com grave violação aos direitos humanos é pressuposto de admissibilidade do pedido deve atender ao princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), compreendido na demonstração concreta de risco de descumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais firmados pelo Brasil, resultante da inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais do Estado-membro, por suas instituições, em proceder à devida persecução penal.

A inclusão do IDC no texto constitucional por meio da EC nº 45/2004 vem a cumprir, portanto, com os objetivos delineados pelo constituinte originário, uma vez que determina à República Federativa do Brasil que, em suas relações internacionais, guie-se pela prevalência dos direitos humanos. Nesse aspecto, a União possui protagonismo pois representa o Brasil no plano internacional.

Apesar da sua importância jurídica para a proteção dos direitos humanos em âmbito interno, o IDC fora suscitado poucas vezes pela PGR e ainda não possui a devida atenção por parte da doutrina de direito processual brasileira. Atualmente, um projeto de regulamentação infraconstitucional do instituto se encontra em curso junto ao Poder Legislativo Federal, mas sem avanços significativos desde o ano de 2006.

Nele, foi acostado parecer da Comissão de Constituição e Justiça⁸⁷ pela constitucionalidade formal e material de seu texto nos seguintes termos:

[...] A proposta atende aos preceitos constitucionais formais concernentes à competência legislativa da União para legislar sobre direito processual, às atribuições do Congresso Nacional e à legitimação de iniciativa parlamentar, nos exatos termos dos artigos 22, inciso I, 48 e 61, todos da Constituição da República.

No que toca à constitucionalidade material e à juridicidade, não há qualquer ressalva, pois a medida vem justamente para dar plena eficácia à nova norma constitucional. Tornar possível a federalização da competência para julgamento de violações contra os direitos humanos proporciona ao sistema judicial melhores instrumentos para enfrentar a impunidade e a afronta à ordem jurídica. No mais, possibilita à União apurar, processar e julgar casos pelos quais pode ser responsabilizada perante a comunidade internacional.

⁸⁷ BRASIL. **Projeto de Lei nº 6.647/2006**. Parecer da CCJ pela Constitucionalidade do Projeto. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=314950>>. Acesso em 20 de novembro de 2019.

Em maio de 1996, em razão dos inúmeros compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro pela proteção dos direitos humanos, o Governo Federal, através do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH), encaminhou ao Congresso Nacional proposta de emenda à constituição daquilo que seria a primeira tentativa de inserir no texto constitucional uma figura jurídica semelhante ao que hoje é o Incidente de Deslocamento de Competência. Caso tivesse sido aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça à época, o art. 109 da Constituição teria passado a vigorar com a seguinte redação:

Art. 109: aos juízes federais compete processar e julgar:

XII - os crimes praticados em detrimento de bens ou interesses sob tutela de órgão federal de proteção de direitos humanos;

XIII - as causas civis ou criminais nas quais órgão federal de proteção dos direitos humanos ou o procurador-geral da República manifeste interesse⁸⁸.

Contudo, como bem lembram **Bonsaglia e Frischeisen**⁸⁹, “*nos debates que se seguiram na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, essa proposta restou rejeitada, tendo sido acolhido o entendimento de que feria o princípio do juiz natural assegurado no art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da Carta Magna*”.

Em decorrência do veto político feito pela CCJ, uma nova proposta de substitutivo fora apresentada, objetivando fixar de forma ampla o rol de competências da Justiça Federal para processamento e julgamento de causas cíveis e criminais envolvendo a temática dos direitos humanos, o que, na prática, “*não pareceu ser a melhor solução, porque meramente procrastinatória do debate quanto às hipóteses em que concretamente [seria] verificada a competência federal*”⁹⁰.

Após a redução da ação interventiva ao desuso, criada para ser também para ser um instrumento efetivo de proteção e chancela dos direitos humanos, criou-se o consenso de que

⁸⁸ Grifos nossos.

⁸⁹ BONSAGLIA, Mario Luiz; FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. A proposta de federalização dos crimes contra os Direitos Humanos. **BOLETIM IBCCRIM**. nº 81/1999, disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/101-81-Agosto-1999>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

⁹⁰ *Idem*.

novos instrumentos, a serem conferidos à União, precisariam ser criados para cumprir com a agenda internacional de direitos humanos no âmbito interno. Isso porque a União, como dito, é a responsável por representar o Brasil no plano internacional (art. 21 da CRFB), o que, por certo, engloba a agenda pela proteção dos direitos humanos⁹¹, cabendo ao Presidente da República “*celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional*”⁹² (art. 84, inciso VIII, CR) e ao Congresso Nacional resolver de forma definitiva sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (art. 49, inciso I, CR). Dessa forma, a EC nº 45/2004 veio a positivar o IDC ao texto constitucional em boa hora.

A respeito da primeira tentativa de incorporar à constituição o que hoje é o IDC, **Bonsaglia** asseverou que saltava “*à vista a conveniência de atribuir-se à Justiça Federal competência para o julgamento das violações mais sérias aos direitos humanos*”⁹³. A preocupação de Bonsaglia ganha a especial atenção de **Comparato**, quem, por seu turno, lembra que o país nos últimos anos tem sofrido sérias acusações na apuração de responsabilidades em crimes cujo objeto é a violação grave de direitos humanos, sobretudo aquelas decorrentes da violência policial, sendo a União exposta constantemente a uma situação vexatória quando conclamada a refutar tais acusações.

[...] Nos últimos anos, vários organismos internacionais têm acusado o nosso País de negligência na apuração de responsabilidades em atos de grave violação de direitos humanos. **O Governo da União, que representa o Brasil na esfera internacional, encontra-se freqüentemente em situação embaraçosa para responder a tais acusações, pelo fato de que a competência para a apuração dos crimes e o julgamento dos acusados, na quase totalidade dos casos, entra no âmbito da competência dos Estados federados. Acresce notar que esse desrespeito aos direitos humanos provém, com não rara freqüência, de atos ou omissões das próprias corporações da Polícia estadual, que são, em seguida, convocadas a exercer a tarefa de apuração de responsabilidades.**

É possível resolver esse problema no quadro do vigente direito constitucional, ou, para alcançar-se a desejada solução, será necessário pensar numa reforma da organização federal de competências, nessa matéria? [...] Ora, a organização federal do Estado é decidida, soberanamente, por cada País. Nenhum Estado federal, acusado de descumprir deveres jurídicos assumidos no plano internacional, pode, legitimamente, defender-se invocando o fato de que a alegada violação foi provocada por ato de Governo estadual ou municipal, e que o Governo da União, que representa o País no seio da *committas gentium*, não tem competência constitucional para

⁹¹ BONSAGLIA, Mario Luiz. **A questão da proteção federal dos direitos humanos**, p. 1. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/bibliote/artigos/bonsaglia.html>>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

⁹² BRASIL. **Constituição da República Federativa Brasileira (1988)**. art. 21. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 de novembro de 2019.

⁹³ *Idem*, p. 1-2.

interferir na esfera de poderes reservada a outras unidades da federação. [...] **Daí a manifesta conveniência de se incluir a apuração e julgamento desses crimes na esfera de competência federal**⁹⁴⁹⁵

Portanto, diante do quadro sistemático de graves violações de direitos humanos indicados por Konder, sobretudo aquelas perpetradas pelas Polícias Cíveis e Militares dos Estados da federação, pode-se afirmar que o Incidente de Deslocamento de Competência, ao deslocar a atribuição para investigar ou a competência para processar e julgar à esfera federal, já nasce no ordenamento jurídico com uma missão fundamental: o afastamento da persecução penal dos fatores locais de poder, objetivando evitar a obstrução de justiça e possibilitar a atuação de uma justiça especializada em matéria de direitos humanos (que, no Brasil, é a Justiça Federal). Mais frente, neste trabalho de conclusão de curso, será demonstrado que o estudo de caso escolhido, notadamente marcado pela violência policial, enquadra-se perfeitamente na descrição construída por Konder e Bonsaglia, sendo certo que a sentença da Corte Interamericana também, por mais de uma vez, reconhecerá a violência policial como uma hipótese de grave violação de direitos humanos.

CAPÍTULO 3.

AS CHACINAS DA FAVELA NOVA BRASÍLIA

O evento que ficou conhecido por “Chacinas da Favela Nova Brasília” se refere, na verdade, a duas incursões realizadas pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro nos dias 18 de outubro de 1994 e 8 de maio de 1995 que culminou na execução sumária de 26 pessoas, bem como na tortura e atos de violência sexual praticados contra três mulheres, o que representou “*violações aos artigos 4.1 e 5.1 da Convenção Americana, ainda que tais fatos não estejam sob jurisdição temporal*”⁹⁶ da Corte.

Em 18 de outubro de 1994, logo pela manhã, uma operação policial militar foi realizada na Favela Nova Brasília com o auxílio de 40 a 80 policiais civis e militares, oriundos de diversas delegacias e batalhões da cidade do Rio de Janeiro. A sentença da Corte indica que somente 28

⁹⁴ COMPARATO, Fabio Konder *apud* BONSAGLIA, Mario Luiz. **A questão da proteção federal dos direitos humanos**. p. 2-4. Disponível em: <<http://www.anpr.org.br/bibliote/artigos/bonsaglia.html>>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

⁹⁵ Grifos nossos.

⁹⁶ Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_345_por.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

deles foram identificados no curso da investigação, o que indicou a inexistência, num primeiro momento, de um relatório que pudesse formalizar os resultados da operação ou promover o controle de legalidade dos atos praticados.

No curso da operação, surgiram duas descrições a respeito do *modus operandi* dos agentes: os policiais invadiram pelo menos 5 casas, empregando disparos de arma de fogo contra os moradores e, na sequência, levaram os corpos enrolados em lençóis à principal praça da comunidade; b) os ocupantes das casas teriam sido detidos de forma arbitrária pelos policiais e posteriormente executados de forma sumária, tendo os corpos sido depositados na principal praça da comunidade. Pelo menos em duas das casas invadidas, os policiais teriam interrogado três mulheres praticando atos de tortura e violência sexual (duas com idade entre 15 e 16 anos de idade). A referida incursão resultou na execução sumária de 13 pessoas, das quais 4 eram crianças.

Para investigar os fatos decorrentes da primeira incursão policial realizada, foi instaurado o Inquérito Policial nº 187/94, no dia 18 de outubro de 1994, junto à antiga Delegacia de Repressão de Entorpecentes da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro (Registro de Ocorrência nº 523/94).

Na ocasião do registro, os policiais civis da DRE, que participaram da operação, informaram que os confrontos se deram com pessoas armadas e que haviam sido empreendidos esforços no sentido de prestar socorro aos feridos por projéteis de arma de fogo. Em razão disso, as 13 mortes foram enquadradas na categoria de “*resistência com morte de opositores*”⁹⁷.

Paralelamente ao IPL instaurado junto à DRE, um inquérito administrativo foi instaurado, no dia 10 de novembro de 1994, junto à Divisão de Assuntos Internos da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro (Divai) a partir de uma comunicação encaminhada pela Jornalista Fernanda Botelho Portugal, responsável por uma investigação de campo realizada na Favela Nova Brasília, onde visitou duas casas em que 6 pessoas foram executadas de forma brutal por agentes da polícia civil.

Após a colheita dos relatos prestados pelas testemunhas das ações truculentas empreendidas pela polícia, a jornalista concluiu que: a) uma das testemunhas foi vítima de

⁹⁷ *Idem*, p. 33-34.

violência sexual; b) um dos executados teria sido levado pela polícia com vida e algemado, sem oferecer resistência, o que indicou os excessos no uso da força durante a incursão de 1994.

Em 19 de outubro de 1994, o então governador do Estado do Rio de Janeiro instaurou uma comissão estadual de sindicância, paralelamente às investigações em curso na DRE e na Divai, constituída pelo Secretário Estadual de Justiça, pela Corregedora Geral da Polícia Civil, pelo Diretor-Geral do Departamento Geral de Polícia Especializada e por dois representantes da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil). Em 1º de dezembro de 1994, o Secretário Estadual de Justiça apresentou o relatório final da Comissão Estadual de Sindicância concluindo que *“havia fortes indícios de que pelo menos alguns dos mortos haviam sido executados sumariamente”*⁹⁸ e que abusos sexuais teriam sido perpetrados inclusive contra crianças. Em razão disso, o Secretário Estadual de Justiça requisitou que um promotor de justiça do MPRJ realizasse o controle externo do IPL nº 187/1994.

Todavia, em decorrência da conclusão presente no relatório final da Comissão Estadual de Sindicância, a Pcerj determinou a instauração de um novo inquérito policial (IPL nº 52/1994) para apurar a autoria e a materialidade dos mesmos fatos ocorridos em 18 de outubro de 1994. Contudo, como indica a própria sentença da Corte, lastreada nas provas carreadas aos autos, a investigação não teve um progresso significativo até o ano de 2002.

Concluída a análise da incursão policial realizada no ano de 1994, agora cumpre adentrarmos na análise da segunda. A operação realizada no dia 8 de maio de 1995, iniciada aproximadamente às seis horas da manhã, contou com a participação de 14 policiais civis e o auxílio de 2 helicópteros. O objetivo dessa segunda operação era evitar a entrega de um carregamento de armas a traficantes de drogas do local, o que teria culminado no confronto entre agentes policiais e supostos traficantes.

Ao final dela, três policiais teriam sido feridos e 13 pessoas da comunidade foram mortas (fatos que foram reconhecidos pelo Estado Brasileiro na audiência pública realizada no curso do procedimento que tramitou na Corte e em suas alegações finais escritas, juntamente com os atos de violação a direitos humanos praticados no ano anterior). Conforme asseverou a Corte, *“as análises forenses com base nos relatórios de autópsia mostraram numerosos ferimentos a*

⁹⁸ *Idem*, p. 35.

bala no corpo das 13 vítimas, com frequência impactando o peito, perto do coração e a cabeça”⁹⁹, sendo certo que 13 pessoas já chegaram sem vida ao Hospital Getúlio Vargas.

Os fatos relativos a esta segunda incursão foram registrados junto à Delegacia de Repressão a Roubos e Furtos Contra estabelecimentos Financeiros da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro no dia 8 de maio de 1995, através do RO nº 252/95. Nele, os policiais que participaram da incursão informaram se tratar de *“tráfico de drogas, grupo armado e resistência seguida de morte”*¹⁰⁰. Como decorrência do registro, foi instaurado o IPL nº 061/95, inicialmente conduzido pela DRRFCEF, onde a autoridade policial procedeu à oitiva de um dos agentes envolvidos na operação policial e reduziu a termo os depoimentos de seis moradores da favela Nova Brasília.

No dia 15 de maio de 1995, a autoridade policial responsável por conduzir a investigação determinou a realização de novas diligências, por meio de um despacho que figurou como expediente de prova no procedimento perante a Corte (expediente de prova, fls. 353), dentre as quais merece destaque a instauração de *“processo sumário para conceder a ‘promoção por ato de valentia’ a todos os policiais que participaram da operação”*¹⁰¹.

Nos dias 20, 30 e 31 de maio de 1995, a sentença indica que 19 policiais presentes na incursão prestaram depoimento alegando, em síntese, que: *“i) houve confronto e um forte fogo cruzado; ii) drogas e armas foram apreendidas; iii) três policiais foram feridos; iv) as pessoas da comunidade foram feridas foram removidas e levadas ao hospital”*¹⁰², sendo certo que entre os meses de junho e setembro de 2019 foram empreendidas diligências no curso da investigação com a finalidade de se analisar os antecedentes criminais das 13 pessoas executadas sumariamente, demonstrando que a investigação, de fato, foi conduzida de forma a criminalizar as vítimas e não apurar responsabilidades a respeito do uso excessivo da força policial.

A promotora de justiça responsável por realizar o controle externo da investigação à época dos fatos requisitou à autoridade policial no dia 29 de junho de 1995 a intimação do motorista responsável por conduzir as pessoas feridas por projéteis de arma de fogo ao hospital. No dia 6

⁹⁹ *Idem*, p. 32-33.

¹⁰⁰ *Idem*, p. 36.

¹⁰¹ *Idem*, 36.

¹⁰² *Idem*, p. 37.

de junho de 1995, entretanto, o motorista afirmou não saber se, no momento do socorro, as vítimas já estavam mortas (cf. expediente de provas, fls. 554-555)¹⁰³.

Curiosamente, indicando a vontade de finalizar o inquérito policial a qualquer custo, no dia 21 de setembro de 1995, a autoridade policial emitiu seu relatório final de investigação concluindo que a operação policial foi realizada com o objetivo de impedir a entrega de um carregamento de armas na Favela Nova Brasília, mas que, em razão da resistência oferecida por residentes da localidade, a polícia teria reagido. Na ocasião, a polícia civil entendeu que não haviam mais diligências a serem empreendidas no curso daquela investigação.

Nada obstante, discordando da autoridade policial, no dia 29 de janeiro de 1996, a promotora de justiça designada para o caso requisitou à delegacia a intimação dos familiares das 13 vítimas a fim de que prestassem depoimento a respeito da operação realizada no ano anterior. Os depoimentos foram realizados em 16 de fevereiro, 1º de março, 8 de março, 22 de março e 29 de março de 1996. Contudo, a investigação não avançou significativamente desde então, transcorrendo-se mais de *“quatro anos sem que se realizasse nenhuma diligência relevante no âmbito do inquérito IP nº 061/95”*¹⁰⁴.

Após restarem suficientemente demonstradas as falhas sistemáticas nas investigações conduzidas pela Polícia Civil e a demora excessiva em responsabilizar os policiais responsáveis pelas graves violações de direitos humanos perpetradas no curso de ambas as incursões, o caso foi submetido à Corte, através da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no dia 19 de maio de 2015. Segundo a Comissão, todas as mortes foram justificadas por meio das chamadas *“atas de resistência à prisão”*¹⁰⁵.

No dia 18 de outubro de 1994, três mulheres teriam sido vítimas de tortura e atos de violência sexual praticados pelos agentes da Pcerj. A petição da Comissão ainda deu conta de indicar que toda a linha de investigação teria sido construída de forma a criminalizar as vítimas e a *“revitimizar as pessoas falecidas”*¹⁰⁶, uma vez que o foco da persecução penal foi de culpabilizar as vítimas e não analisar a repercussão jurídico-criminal do uso excessivo da força policial em ambas as operações.

¹⁰³ Idem, p. 37.

¹⁰⁴ Idem, p. 37.

¹⁰⁵ Idem, p. 3.

¹⁰⁶ Idem, p. 1-5.

Dessa forma, cumpre-nos nesse momento tentarmos traçar um esforço breve de descrição da tramitação do caso na Comissão para que, posteriormente, possamos compreender de maneira mais clara o teor da sentença prolatada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nos dias 3 de novembro de 1995 e 24 de julho de 1996, a Comissão recebeu duas petições: uma apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e outra pela *Human Rights Watch Americas*. Ambas foram autuadas sob os números 11.566 e 11.694, respectivamente.

Nos dias 25 de setembro de 1998 e 22 de fevereiro de 2001, a Comissão expediu os Relatórios de Admissibilidade de número 11.566 e 11.694. Ao emitir posteriormente o Relatório de Mérito, a Comissão decidiu unificar os casos e fazê-los tramitar num único processado, sob o número 11.566, em conformidade com o artigo 29.1 de seu Regulamento, já que o objeto de ambos versavam sobre as incursões policiais realizadas nos anos de 1994 e 1995 na Favela Nova Brasília.

No dia 31 de outubro de 2011, a tramitação do caso na Comissão chegou a um momento crucial quando da emissão do Relatório de Mérito nº 141/11. Através desse documento, a Comissão entendeu que o Brasil era responsável internacionalmente pela grave violação de direitos humanos evidenciada em ambas as incursões e emitiu uma série de recomendações. Dentre elas, cumpre informar as mais relevantes, em nosso sentir, para o estudo de caso escolhido no presente trabalho de conclusão de curso: a) a condução de uma investigação exaustiva, imparcial e efetiva das violações descritas no relatório de mérito; b) a eliminação imediata da prática de registro automático de mortes provocadas por letalidade policial como “resistência à prisão”; c) a erradicação da impunidade dos atos de violência policial no geral, com a consequente adaptação da legislação interna e dos regulamentos administrativos para tanto, objetivando, dessa forma, prevenir atos de violação grave de direitos humanos provocados por agentes policiais; d) a elaboração de efetivos mecanismos de controle correicional da atividade de investigar, sejam eles internos ou externos, dentro de uma perspectiva de gênero e étnico-racial; e) a implementação de planos de modernização e profissionalização das forças policiais, assegurando a responsabilização de agentes policiais por abusos cometidos no passado, por meio da expulsão dos perpetradores dos quadros e de outros cargos de autoridade, realizando para tanto ajustes na “filosofia institucional”¹⁰⁷, com o objetivo de cumprir com a agenda internacional de proteção dos Direitos Humanos ligados à “segurança

¹⁰⁷ *Idem*, p. 5.

cidadã”¹⁰⁸ e evitar futuras execuções sumárias como as evidenciadas no presente caso; f) a capacitação dos agentes policiais sobre como tratar de maneira efetiva pessoas oriundas dos setores mais pobres e vulneráveis da sociedade, de forma a superar a lógica racista e seletiva de que todos os pobres são criminosos.

O Brasil foi notificado a respeito do conteúdo do relatório de mérito no dia 19 de janeiro de 2012, através do qual foi fixado o prazo de dois meses para que informasse o cumprimento das recomendações emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Após duas dilações ao prazo inicialmente concedido, e diante da demora do Estado brasileiro em cumprir as recomendações, a Comissão “*entendeu que o [Brasil] não havia avançado de maneira concreta*”¹⁰⁹. Em razão disso, no dia 19 de maio de 2015, o caso foi submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos diante da “necessidade de obtenção de justiça”¹¹⁰ a respeito “*dos fatos e as violações de direitos humanos descritos no Relatório de Mérito*”¹¹¹. Os referidos fatos são os que ocorreram ou continuaram ocorrendo após 10 de dezembro de 1998, data em que o Estado Brasileiro aceitou a competência contenciosa da Corte, sendo possibilitado ao Brasil reconhecer a competência da CIDH para conhecer, processar e julgar da totalidade do caso, conforme o que determina o artigo 62.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Não se pretenderá neste trabalho, contudo, descrever de forma minuciosa o procedimento de tramitação do caso também na Corte Interamericana, pela necessidade de um aprofundamento metodológico que foge ao escopo deste trabalho. No entanto, mister se faz destacar dois momentos importantes observados no *iter procedimental* do caso: a audiência pública realizada e a admissão dos escritos de *amicus curiae* da Defensoria Pública da União (DPU), do Núcleo de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ) e da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Na audiência pública, foram debatidas as exceções preliminares e eventuais de mérito, as reparações civis e as custas, bem como realizadas as oitivas das partes e da Comissão, de três supostas vítimas, de uma testemunha e de 12 peritos propostos tanto pelas partes quanto pela Comissão.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 5.

¹⁰⁹ *Idem*, p. 5.

¹¹⁰ *Idem*, p. 5.

¹¹¹ *Idem*, p. 5.

A DPU¹¹², alertou “sobre os níveis alarmantes de violência policial contra a população pobre e afrodescendente no Brasil, que violariam vários direitos consagrados na Convenção Americana e nos demais instrumentos do Sistema Interamericano” em seus escritos de *amicus curiae*, e a PUC/RJ “sobre o padrão sistemático de violência sexual contra a mulher no Brasil”¹¹³, dando conta de expressar a real gravidade dos atos de violência sexual e tortura praticados pelos policiais civis contra três mulheres durante as incursões (duas delas menores de idade). No tocante aos escritos da DPSP, ficou consignado que os elementos do caso indicaram “a existência de um padrão de violência de direitos humanos por parte do Estado, especificamente por meio da violência policial e do uso excessivo da força”¹¹⁴.

Em 16 de fevereiro de 2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos iniciou a deliberação da sentença que, no ano de 2016, viria a condenar o Brasil pela violação grave de Direitos Humanos observadas nas Chacinas da Favela Nova Brasília.

O Estado Brasileiro apresentou 6 exceções preliminares ao mérito nos seguintes termos:

a) a inadmissibilidade do caso na Corte, em virtude da publicação do Relatório de Mérito da Comissão; b) a incompetência *ratione personae* quanto a vítimas não identificadas ou sem reapresentação; c) a incompetência *ratione temporis* a respeito de atos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte e em relação à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará); d) a incompetência *ratione materiae*, por violação do princípio de subsidiariedade do Sistema Interamericano (fórmula da quarta instância); e) a incompetência *ratione materiae* quanto a supostas violações de direitos humanos previstos na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura bem como na Convenção de Belém do Pará; f) falta de esgotamento prévio de recursos internos; e g) a inobservância do prazo razoável para submeter à Corte a pretensão de investigação criminal¹¹⁵.

Em relação à exceção descrita no item c, tendo em vista que o Brasil reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte apenas em 10 de dezembro de 1998, a sentença julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida para analisar tão somente da seguinte forma: “supostos fatos e omissões do Estado que tiveram lugar nas investigações e processos a respeito das incursões policiais de 1994 e 1995, ocorridos posteriormente ao reconhecimento

¹¹² *Idem*, p. 7.

¹¹³ *Idem*, p. 7.

¹¹⁴ *Idem*, p. 7.

¹¹⁵ *Idem*, p. 9.

por parte do Brasil da competência contenciosa do Tribunal”¹¹⁶. As demais, contudo, foram julgadas improcedentes.

A análise do mérito pela Corte restou adstrita, em suma, às alegações da Comissão e das partes de violação pelo Estado Brasileiro às garantias judiciais, aos mecanismos de proteção judicial, inclusive em relação aos atos de violência sexual e tortura observados no caso, positivados em instrumentos normativos que regem o sistema interamericano de Direitos Humanos.

Nesse sentido, a sentença prolatada reconheceu que: a) houve violação do direito à integridade pessoal, previsto no item 5.1 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, em relação a 18 vítimas; b) não houve violação do direito de circulação e residência (art. 22.1 da Convenção Americana) em relação a 3 vítimas, uma vez que os fatos relativos às supostas violações não estavam descritos no lapso temporal demarcado no relatório de mérito, tendo sido apresentados à Corte em momento posterior; c) há a obrigação de reparar, considerando como partes lesadas as vítimas identificadas nos parágrafos 225, 231, 239, 242, 259 e 274 da sentença. O item *c* merece atenção, pois nele a sentença sustenta que a obrigação do Brasil de reparar consiste: c.1) na condução efetiva de uma investigação para apurar os fatos ocorridos na incursão de 1994, c.2) na reativação de uma investigação para apurar os fatos ocorridos na operação de 1995 e c.3) na condução de uma investigação e, posteriormente, ação penal, pautadas numa perspectiva de gênero a fim de se apurar os atos de violência sexual cometidos por policiais civis e militares.

A sentença determinou ao Estado Brasileiro que procedesse, ainda, a medidas de reabilitação das vítimas, com o oferecimento de tratamento psicológico e psiquiátrico adequados através do SUS, e a medidas de satisfação consistentes na publicação da sentença, em ato público de reconhecimento da responsabilidade e placas comemorativas. Explicitou a necessidade de criação de garantias de não-repetição, expressas, sobretudo, através de medidas legislativas que garantam a participação efetiva das vítimas ou de seus familiares em investigações criminais e que reconheçam expressamente a violência policial como uma violação grave de direitos humanos (pugnando os representantes, nesse aspecto, pela

¹¹⁶ *Idem*, p. 15-16.

regulamentação infraconstitucional do IDC)¹¹⁷, a abolição dos conceito de “resistência” ou “oposição à atuação policial” nos registros de mortes decorrentes de incursões.

3.1. A federalização do estudo de caso em exame por meio do Incidente de Deslocamento de Competência

A sentença prolatada pela Corte da OEA, em vários trechos, consagra a violência policial como uma hipótese de grave violação de Direitos Humanos. No trecho em que apreciou o pedido dos representantes para que a legislação brasileira determinasse expressamente a violência policial como uma hipótese de grave violação de direitos humanos, apta a ensejar o deslocamento de competência, a Corte asseverou corretamente que:

[...] Sobre o pedido dos representantes para que se determinem expressamente os casos de violência policial como uma hipótese de deslocamento de competência da justiça estadual para a justiça federal, a Corte considera que a disposição do artigo 109, parágrafo quinto, da Constituição garante o uso do mecanismo de Incidente de Deslocamento de Competência em casos de graves violações de direitos humanos, o que inclui possíveis casos de violência policial¹¹⁸¹¹⁹.

Portanto, no julgamento do Caso Favela Nova Brasília a Corte teve a oportunidade de se manifestar no sentido de reconhecer a aplicabilidade imediata do art. 109, §5º, da Constituição Federal de 1988, aos casos marcados pela letalidade e truculência das polícias, dispensando, portanto, a regulamentação infraconstitucional do IDC para tutela de graves violações aos Direitos Humanos decorrentes de incursões e operações policiais. Mister destacar, ainda, que o Projeto de Lei nº 6.647/2006, o qual visa estabelecer a regulamentação infraconstitucional do Incidente de Deslocamento de Competência, discute a possibilidade de incluir a violência policial como uma forma de grave violação de Direitos Humanos¹²⁰.

¹¹⁷ *Idem*, p. 79.

¹¹⁸ Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_345_por.pdf>. Acesso em 11 de novembro de 2019, p. 83.

¹¹⁹ Grifos nossos.

¹²⁰ Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=314950>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

Em razão do exposto, a sentença prolatada no dia 16 de fevereiro de 2017 determinou ao Estado Brasileiro que, através do Procurador-Geral da República, avaliasse a possibilidade de os fatos referentes às incursões policiais realizadas nos anos de 1994 e 1995, na Favela Brasília, serem objeto de pedido de deslocamento de competência nos termos da Constituição Federal, de forma a viabilizar uma investigação célere, eficaz e independente, afastada dos fatores locais de poder e de possíveis condutas tendentes à obstrução da justiça.

Como restou indicado no curso deste trabalho de conclusão de curso, o IDC foi positivado no texto da CRFB/88 através da Emenda Constitucional nº 45/2004. O referido instituto jurídico já estava em vigor no ano de 2011, momento em que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entende pela responsabilização internacional do Brasil através do Relatório de Mérito nº 141/2011.

Dessa forma, entendemos que, se a federalização do caso em exame tivesse sido suscitada pela Procuradoria Geral da República antes da sua submissão à Corte Interamericana pela Comissão, o que ocorre em 19 de maio de 2015, o IDC teria evitado a condenação do Estado Brasileiro, posto que o esgotamento prévio dos recursos internos ainda não teria ocorrido.

No dia 9 de setembro de 2019, quase 2 anos após a condenação na Corte Interamericana de Direitos Humanos, a Procuradora-Geral da República, Rachel Dodge, protocolou junto ao STJ o pedido de federalização da investigação dos processos relacionados às Chacinas da Favela Nova Brasília. A postura da Procuradora-Geral da República resultou de um procedimento interno instaurado em 2017 junto à PGR, cuja finalidade era verificar se estavam presentes os pressupostos constitucionais para requerer o IDC.

Com efeito, ao final do procedimento interno da PGR, restaram presentes no caso em exame os requisitos constitucionais para a sua federalização. Na petição endereçada ao presidente do STJ, ministro João Otávio de Noronha, o órgão de cúpula do Ministério Público Federal aponta *“a presença simultânea dos requisitos necessários para levar o caso à esfera federal”*¹²¹, isso porque *“foram constatadas a grave violação dos direitos humanos e a possibilidade de responsabilização internacional, decorrente do descumprimento de obrigações assumidas pelo Brasil em tratados internacionais”*¹²².

¹²¹ Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-envia-ao-stj-pedido-de-federalizacao-dos-processos-da-chacina-na-comunidade-nova-brasilia>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

¹²² *Idem*.

O MPF pondera em seu requerimento, por fim, que atuação dos órgãos estaduais de persecução penal evidencia a incapacidade de suas autoridades de permanecerem na condução da investigação, do processamento e julgamento do caso.

CONCLUSÃO

O Incidente de Deslocamento de Competência (IDC) é introduzido ao texto da Constituição Federal através da EC nº 45/2004, a qual ficou conhecida por ser a emenda constitucional que modificou profundamente o rol de competências do Poder Judiciário Brasileiro. O IDC deverá ser suscitado pela Procuradoria Geral da República nos crimes em que se observa a grave violação de direitos humanos e, no caso concreto, a omissão e a parcialidade das instituições de persecução penal estaduais em conduzir, de modo célere e eficaz, as investigações ou as ações penais em curso instauradas para apurar tais condutas. Com efeito, foi positivado como um instrumento de resposta a crimes marcados pela grave violação de direitos humanos, objetivando dar uma resposta positiva aos organismos internacionais em relação às sistemáticas violações observadas no Estado Brasileiro.

Ao final da pesquisa, chegou-se à conclusão que o IDC está inserido dentro do fenômeno que a doutrina jurídica convencionou denominar federalização das graves violações a direitos humanos, interpretação que pode ser extraída do sistema de cooperação e reciprocidade entre instituições federais e estaduais previsto nos arts. 109, V-A, §5º e art. 34, inciso VII, alínea b, ambos da Constituição Federal de 1988.

Dessa forma, o efeito prático do IDC é possibilitar o envio de inquéritos e ações penais em curso à Justiça Federal, objetivando-se com isso a celeridade, a imparcialidade e o afastamento dos fatos locais de poder para se prevenir a obstrução da justiça e, em último plano, a responsabilização internacional do Estado Brasileiro por descumprimento de obrigações internacionais relativas à proteção de direitos humanos (como ocorreu no estudo de caso escolhido).

Apesar de sua grande importância jurídica, o Incidente de Deslocamento de Competência foi suscitado poucas vezes, ainda não tem a devida atenção da doutrina brasileira e carece de regulamentação infraconstitucional. Atualmente, o PL nº 6.647/2006, que objetiva a regulamentação infraconstitucional do referido instituto jurídico, ainda se encontra em trâmite perante à Câmara dos Deputados, não tendo avanços significativos desde o ano de 2006. Nele, a Comissão de Constituição e Justiça emitiu parecer entendendo pela constitucionalidade formal e material do projeto, a boa técnica legislativa e a importância da aprovação de seu texto para conferir eficácia plena à disposição contida no art. 109, §5º, da CRFB.

No bojo do referido projeto, estuda-se enquadrar a violência policial como uma das hipóteses aptas a possibilitar o requerimento de deslocamento de competência, já que as mortes decorrentes da letalidade policial é um dos grandes problemas de direitos humanos observados no Brasil, segundo o que expressa a sentença da Corte Interamericana.

Para se chegar à análise propriamente jurídica do IDC, foi necessário compreender o processo de afirmação dos direitos humanos na história da humanidade, seu posterior processo de internacionalização na segunda metade do século XX e a introdução dos direitos humanos à maioria dos ordenamentos jurídicos modernos através de suas constituições, consequência lógica das obrigações contraídas pelos Estados na seara internacional. Assim, a criação de um sistema global de proteção culminou na fundamental revisão da antiga afirmação de uma soberania estatal absoluta, à medida que os direitos humanos passaram a ser não mais apenas assunto interno dos Estados Soberanos, mas interesse de toda a comunidade internacional.

Na sequência, o presente trabalho centrou-se nas principais garantias fundamentais positivadas no texto da Carta de 88 e no Pacto de São José da Costa Rica, internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 678/1992, possuindo *status* de norma materialmente constitucional em razão do que dispõe o art. 5º, §2º, da CR e o que sustenta a doutrina especializada no assunto.

Ao cabo, analisou-se de forma pormenorizada os principais contornos doutrinários acerca do Incidente de Deslocamento de Competência, de forma a indicar a sua relevância jurídica para o estudo de caso escolhido.

Foi construída uma breve análise descritiva do caso com base na sentença da Corte Interamericana, indicando-se as principais recomendações feitas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e as medidas de reparação e não-repetição dispostas na sentença, dentre elas a possibilidade de federalização das investigações instauradas nos anos de 1994 e 1995, por meio do IDC, a fim de se apurar responsabilidades de agentes das forças policiais do Estado do Rio de Janeiro pelas 26 execuções sumárias decorrentes de ambas as incursões e pelos atos de violência sexual e tortura de 3 mulheres da Favela Nova Brasília.

Na sentença, fixou-se o marco temporal para julgamento dos fatos ocorridos ou que continuaram ocorrendo após 10 de dezembro de 1998, data em que o Estado Brasileiro reconhece a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O caso chegou a Comissão nos anos de 1995 e 1996, através de duas petições encaminhadas pela CEJIL e a *Human Rights Watch Americas*, respectivamente. Em 2004, o IDC é introduzido ao texto constitucional por meio da EC nº 45/2004. Em 31 de outubro de 2011 o Relatório de Mérito nº 141/2011, que entendeu pela responsabilidade internacional do Brasil e emitiu uma série de recomendações relativas ao caso, é emitido. Em 19 de janeiro de 2012, o Brasil toma ciência das recomendações feitas e se mantém inerte em cumpri-las (mesmo o IDC sendo uma possibilidade de tutela do caso desde 2004). Em 19 de maio de 2015 o Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil é submetido à corte para processamento e julgamento, sendo o Brasil condenado em 2017.

Da linha do tempo construída no presente trabalho, conclui-se que, antes mesmo de ser condenado, o Brasil já dispunha no texto da sua Constituição a figura jurídica do Incidente de Deslocamento de Competência. Quando tomara ciência do inteiro teor do Relatório de Mérito nº 141/2011, o Estado Brasileiro poderia ter representado perante à Procuradoria-Geral da República sobre a necessidade de federalização das investigações a fim de evitar a condenação perante a Corte Interamericana que aconteceria 6 anos mais tarde (em 2017).

Caso tivesse agido dessa forma, o Brasil teria fundamento jurídico para que a exceção de inexistência de esgotamento dos recursos internos oposta fosse provida pela Corte, evitando o prosseguimento do feito e sua posterior condenação. Mais que isso: ao federalizar o caso, o IDC teria proporcionado uma investigação eficiente, imparcial e distante dos fatores locais de poder no âmbito de competência federal, dando uma resposta justa e efetiva à comunidade internacional a respeito das graves violações a direitos humanos observadas nas operações policiais que ficariam mais tarde conhecidas por “Chacina da Favela Nova Brasília”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCON, Pietro de Jesus Lora; LENZA Pedro; TAVARES André Ramos (Coord.). **Reforma do judiciário**. Analisada e comentada. São Paulo: Método, 2005.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro, Ed. Elsevier, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Trad. Flório de Angelis. São Paulo: Edipro, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 7ª reimpressão. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 20. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONSAGLIA, Mario Luiz; FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. A proposta de federalização dos crimes contra os Direitos Humanos. **Boletim IBCCRIM**. Nº 81/1999, disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/101-81-Agosto-1999>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

BONSAGLIA, Mario Luiz. **Federalismo e direitos humanos**. 2005. Tese (Doutorado em Direito) apresentada ao Departamento de Direito de Estado da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

_____. A Questão da Proteção Federal dos Direitos Humanos. **Revista ANPR Online** . Nº 1, março/junho 2006. Disponível em: <http://www.anpr.org.br/index.php?a=revista_online/revista01.php&ID_MATERIA=78&ID_TEMPLATE=11>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

BONSAGLIA, Mario Luiz; FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. A proposta de federalização dos crimes contra os Direitos Humanos. **BOLETIM IBCCRIM** nº 81/1999, disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_editorial/101-81-Agosto-1999>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (Coord.). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BRASIL. DECRETO No 592, DE 6 DE JULHO DE 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm . Acesso em 19 nov. 2019.

BRASIL. PEC nº 96/1992. Tramitação na Câmara dos Deputados. Introduz modificações na estrutura do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14373>>. Acesso em: 5 de nov. 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>.

BRASIL. Constituição da República Federativa Brasileira (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Decreto 678/1992 (1992). Ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>.

BRASIL. PL nº 6647/2006. Trâmite na Câmara Federal dos Deputados, visando à regulamentação infraconstitucional do Incidente de Deslocamento de Competência. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=314950>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

BRASIL_. Procuradoria-Geral da República. PGR envia ao STJ pedido de federalização de processos da chacina na comunidade Nova Brasília. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-envia-ao-stj-pedido-de-federalizacao-dos-processos-da-chacina-na-comunidade-nova-brasilia>>. Acesso em 11 de novembro de 2019.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. B823 Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). **Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República**. Rev. e atual. - Brasília: SDH/PR, 2010. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/ProgrammaNacionalDireitosHumanos2010.pdf>>. Acesso em: 18 de novembro de 2019.

BRASIL. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Sentença do caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Disponível em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_345_por.pdf>. Acesso em 10 de novembro de 2019.

CAPELLARI, Mariana Py Muniz. A Chacina na Favela Nova Brasília e a Condenação do Brasil em Corte da OEA. **Canal Ciências Criminais**. Disponível em:
<<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/462189374/a-chacina-na-favela-nova-brasil-e-a-condenacao-do-brasil-em-corte-da-oea>>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. IV Edição, Ed. Saraiva, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e Cidadania**. Ed. Moderna, 2ª Edição, 2004.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia**, 12 de junho de 1776. Disponível em:
<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/decl776.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, de 26 de agosto de 1789. Colocada posteriormente no início da Constituição francesa de 1791. Disponível em:
<http://www.geocities.com/marceloeva/Declaracao^ireitos_do_Homem.doc>. Acesso em: 16 nov. 2019.

DIREITO INTERNACIONAL, Legislação. **Declaração universal dos direitos humanos**. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em:
<<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2019.

FILHO, Antonio Magalhães Gomes. **A motivação das decisões penais**. Ed. Revista dos Tribunais, 1ª edição, 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: o nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1977.

JASPERS, Karl. **A situação espiritual de nosso tempo**. Lisboa: Moraes Editores, 1968.

LEMOS, V. M. Direitos Fundamentais: A morfologia dos direitos fundamentais: uma leitura menos ensimesmada do plano de eficácia horizontal. **REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL**. RDCI VOL.97, SETEMBRO-OUTUBRO, 2016. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDConsInter_n.97.14_1.PDF Acesso em: 19 nov.2019.

MARQUES, Archimedes. **Por Uma Inabalável Corregedoria de Polícia**. Disponível em: <https://meuartigo.brasilescola.uol.com.br/atualidades/por-uma-inabalavel-corregedoria-policia.htm>. Acesso em 25 de agosto de 2019.

MAZZOULI, Valerio de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos**: dois fundamentos irreconciliáveis. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/823/R15614.pdf?sequence=4&isAllowedy>.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 13ª edição, Ed. Revista dos Tribunais.

PIOVENSAN, Flávia. Human Rights in the World Community: Issues and Action. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. Ed. Saraiva, 9ª edição, 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Ed. University of Puerto Rico Press, 2004.

Após 13 anos do assassinato de Dorothy Stang, violência cresce no campo. Revista Galileu. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2018/08/dorothy-galileu.html>. Acesso em 9 de novembro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfrang *et al.* **Curso de Direito Constitucional**, Ed. Saraiva, 4ª edição, 2015.

STF, MC na ADC nº 43 e MC na ADC nº 44, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 01/09/2016 e 05/10/2016.

STF, RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 3 de dezembro de 2008, p. 4 de junho de 2009.

STF, RHC nº 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 15 de agosto de 2000, p. 30 de agosto de 2000.

STF. **Supremo Tribunal Federal**. STF admite execução da pena após condenação em segunda instância. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em 18 de agosto de 2019.

STJ, IDC nº 1/PA (2005/0029378-4), S3 - Terceira Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 8 de junho de 2015 e publicado em 10 de outubro de 2005.